كفاية النبيه
شرح التنبيه
في فقه الإمام الشافعي

تأليف

الإمام الفقيه أبي العباس نجم الدين أحمد بن محمد ابن الرفعة

المتوفى ٧١٠ هـ

ويليه

الهداية إلى أوهام الكفاية

تأليف

الإمام الشيخ جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي

المتوفى ٧٧٢ هـ

دراسة وتحقيق وتعليق

الأستاذ الدكتور مجدي محمد سرور باسلوم

الجزء الحادي عشر

يحتوي على الأبواب التالية:

الشفعة - القراض - العبد المأذون - المساقاة - المزارعة - الإجارة

الجعالة - المسابقة - إحياء الموات - اللقطة - اللقيط

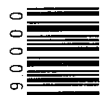
http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales @al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

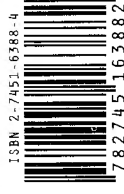
Title	: KIFĀYAT AL-NABĪH ŠARḤ AL-TANBĪH	الكتاب	: كفاية النبيه شرح التنبيه
Classification:	Shafeit jurisprudence	التصنيف	: فقه شافعي
Author	:Imām Najmuddīn Ibn al-Rif'ah	المؤلف	: الإمام ابن الرفعة
Editor	:Dr. Majdi Muḥammad Surūr Bāsallūm	المحقق	: د.مجدي محمد سرور باسلوم
Publisher	:Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah	الناشر	: دار الكتب العلميـــــة ـ بـيروت
Pages	:10464 (20 volumes)+general glossary	عدد الصفحات:	10464(20 جزءاً)+ الفهارس العامة
Year	:2009	سنة الطباعة	: 2009
Printed in	:Lebanon	بلد الطباعة	: لبنان
Edition	:1st	الطبعة	: الأولى

DKI
Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.

ISBN 978-2-7451-6388-2





بسم الله الرحمن الرحيم

باب الشفعة

الشفعة من شفعت الشيء إذا ضممته وثنيته، ومنه شَفْعُ الأذان، وسميت شفعة؛ لضم نصيب إلى نصيب، وقيل: من الزيادة. ولهذا إذا ضم إلى الوتر غيره صار شفعًا. فسميت شفعة؛ لأن الشفيع يضم نصيب شريكه [إلى نصيبه](١)، فيصير نصيبه زائدًا بعد أن كان ناقصًا. وهذا قول ثعلب، كما حكاه عن الهروي(٢) في الغريبين.

وقيل: من التقوية والإعانة، يقال: شَفَعْتُهُ عند السلطان فشفَّعَني فيه؛ لأن كل واحد من الفردين يتقوى بالآخر، ومنه قوله تعالى ﴿مَّن يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً﴾ [النساء: ٨٥] أي: من أعان محسنًا في إحسانه، ومنه الحديث: «القُرآنُ شَافِعٌ مُشَفَّعٌ»(٣). ومنه: شاة شافع: التي معها ولدها لتقويتها به، قاله(٤) الرافعي، وفي تعليق القاضي الحسين أن الشاة الشافع: السمينة.

وقيل: من الشفاعة؛ لأن في الجاهلية كان [الرجل](٥) إذا أراد بيع منزل أو حائط أتاه الجار أو الشريك أو الصاحب ليشفع إليه [فيما باع](٦) فيشفعه، وهذا قول ابن قتيبة في غريب الحديث كما حكاه الماوردي.

وقد فسرت في [الشريعة: بحق تملك](٧) قهريٍّ يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث بسبب الشركة بالبدل الذي تملك(٨) به لدفع الضرر.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: البغوي.
(٣) أخرجه ابن حبان (١/ ٣٣١) برقم (١٢٤)، والبيهقي في شعب الإيمان (٢/ ٣٥١) برقم (٢٠١٠) من حديث جابر رضي الله عنه مرفوعًا.
(٤) في أ: قال.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ج: الشفعة بملك.
(٨) في ج: يملك.

والأصل في مشروعيتها من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٣] وهي منه؛ لأن فيها إزالة الضرر عن الشريك.

ومن السنة أحاديث: منها ما روى مسلم عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الشُّفْعَةُ في كُلِّ شِرْكٍ في أَرْضٍ أَوْ رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ، لا يَصْلُحُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَعْرِضَ عَلَى شَرِيكِهِ فَيَأْخُذَ أَوْ يَدَعَ، فَإِنْ أَبِي فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يُؤْذِنَهُ»[١].

ومنها: ما روى البخاري ومسلم وأبو داود بسند كل منهم عن جابر.

أنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة أو حائط «لاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ[٢] حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِنْ بَاعَهُ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[٣].

وقد اختلف في المعنى الذي لأجله ثبتت على قولين:

أحدهما: دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث[٤] المرافق وغيرها، وهو اختيار الشافعي.

والثاني: وإليه ذهب[٥] ابن سريج: دفع ضرر سوء المشاركة.

ولهذا الاختلاف فائدة تظهر من بعدُ.

قال - رحمه الله-: **لا تجب الشفعة** أي: لا تثبت **إلا في جزء مشاع، من عقار**[٦] أي: [من][٧] أرض **محتمل القسمة**[٨]، **فأما الملك المقسوم فلا شفعة فيه**؛ لما ذكرناه من [حديث][٩] جابر الذي رواه البخاري.

وقد روي عنه أيضًا: «إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصُرِّفَت الطرق فلا شفعة»[١٠].

وأخرجه[١١] أبو داود والترمذي وإن اختلفت ألفاظهم، وقال الترمذي: إنه

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٢٩) كتاب المساقاة، باب: الشفعة حديث (١٣٥/ ١٦٠٨).

(٢) في أ: يبيعه.

(٣) بل أخرجه مسلم (٣/ ١٢٢٩) في المساقاة، باب: الشفعة (١٣٤/ ١٦٠٨)، وأبو داود (٢/ ٣٠٨) كتاب الإجارة، باب: في الشفعة، برقم (٣٥١٣).

(٤) في أ: باستحداث.

(٥) في أ: صار.

(٦) في التنبيه: العقار.

(٧) سقط في ج، د.

(٨) في التنبيه للقسمة.

(٩) سقط في ج.

(١٠) أخرجه البخاري (٤/ ٤٣٦) كتاب الشفعة، باب: الشفعة فيما لم يقسم، الحديث (٢٢٥٧).

(١١) في أ: خرجه.

حديث حسن صحيح.

وجه الدلالة منه: أنه ذكر الشفعة بالألف واللام، وليس لهما معهود يرجع اللفظ إليه؛ فثبت[1] أنه للجنس. وكلمة إنما موضوعة للحصر، كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ﴾ [النساء:١٧١].

وقد قال الأزهري: قال أهل اللغة: إنما تقتضي إيجاب شيء ونفي غيره وذلك يدل على المدعي.

فإن قيل: فقد روي أن رسول الله ﷺ قال: «الجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ[2] ...»[3]، وروى البخاري عن أبي رافع [قال][4]: سمعت رسول الله ﷺ يقول[5]: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ»[6].

وروى الترمذي عن جابر أن النبي ﷺ قال: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ، يُنْتَظَرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا»[7]، وذلك يقتضي ثبوت الشفعة للجار.

قلنا[8]: قد روى صاحب «التقريب» عن ابن سريج أنه أثبتها للجار الملاصق دون المقابل فيشبه أن يكون مستنده ذلك، وروي عن الروياني أنه قال: رأيت بعض أصحابنا يفتي به، وهو الاختيار.

وذكر الإمام أن الشيخ أبا علي لم يثبت ذلك عن ابن سريج، وحمل كلامه على أنه لا يعترض في الظاهر علي الشافعي إذا قضى له الحنفي بشفعة الجوار،

---

(١) في أ: فيثبت. (٢) في أ: بشفعته.

(٣) أخرجه البخاري (٤/ ٤٣٧) كتاب: الشفعة، باب: عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، الحديث (٢٢٥٨).

(٤) سقط في أ. (٥) في جـ، د: قال.

(٦) أخرجه البخاري باللفظ السابق، ينظر تخريج الموضع السابق.

(٧) أخرجه أبوداود الطيالسي (٢٣٤) الحديث (١٦٧٧)، وأحمد (٣/ ٣٥٣)، وأبو داود (٣/ ٧٨٧، ٧٨٨) كتاب البيوع والإجارات، باب: الشفعة، الحديث (٣٥١٨)، والترمذي (٣/ ٦٥١) كتاب الأحكام، باب: الشفعة للغائب الحديث (١٣٦٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٣٣) كتاب الشفعة، باب: الشفعة بالجوار، الحديث (٢٤٩٤)، والطحاوي فى شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٠) كتاب الشفعة، باب: الشفعة بالجوار، والبيهقي (٦/ ١٠٦) كتاب الشفعة، باب: الشفعة بالجوار كلهم من رواية عبد الملك بن أبى سليمان عن عطاء عن جابر مرفوعًا فذكره، وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.

(٨) في د: قلت.

وأن في الحِلّ في الباطن خلافًا، والمذهب الأول[(١)].

وقوله ﷺ: «أَحَقُّ بِصَقَبِهِ[(٢)]» المراد [بالصقب][(٣)] بالسين والصاد: القرب، كما حكاه ابن الصباغ، فيكون معنى الخبر: أحق بقربه، وهذا مجمل فلا بد فيه من حمله على معنى صحيح.

ونحن نحمله على[(٤)] الرحبة تكون للرجل، فيتنازع اثنان في الانتفاع بها، فيكون الجار الأقرب أحق بالانتفاع بها.

وأيضًا: فإن المراد بالجار: الشريك؛ لأن جميع أجزاء ملك شريكه مجاورة لجميع أجزاء ملكه، فهو أحق باسم الجوار من الجار المقاسم.

ومعنى الجوار: القرب؛ ولهذا تسمي العرب الزوجة: جارة لقربها، قال الأعشى[(٥)] في جملة أبيات:

أجارتنا بِيني فإنك طالقه ....[(٦)]

.... وموموقة ما كنت فينا ووامقه[(٧)]

قال الماوردي: وكان السبب في قول الأعشى ذلك، أنه تزوج امرأة كرهه قومها، وأخذوه بالنزول عنها فلم يقنعوا منه بالطلقة الأولى والثانية، فلما طلقها الثالثة كفوا عنه.

ومن جهة المعنى: أن الشفعة شرعت لدفع الضرر بها [لا][(٨)] لدخول الضرر

---

(١) في أ: للأول.
(٢) في أ: بسقبه، وبياض في ج.
(٣) في أ: بالسقب.
(٤) في أ: من.
(٥) هو: ميمون بن قيس بن جندل، من بني قيس بن ثعلبة الوائلي، أبو بصير، المعروف بأعشى قيس، ويقال له: أعشى بكر بن وائل، والأعشى الكبير: من شعراء الطبقة الأولى في الجاهلية. عاش عمرًا طويلاً، وأدرك الإسلام ولم يسلم. توفي سنة سبع هـ.
ينظر: معاهد التنصيص (١/ ١٩٦)، والأغاني (٩/ ١٠٨)، والشعر والشعراء ص (٧٩).
(٦) صدر بيت وعجزه:
.... كذاك أمور الناس غاد وطارقه
ينظر: ديوانه، ص (١١٧).
(٧) عجز بيت وصدره:
وبيني حصان الفرج غير ذميمة ....
ينظر: ديوانه، ص (١١٧).
(٨) سقط في أ.

منها[1]، وفي وجوبها للجار ضرر داخل لتقاعده بالملك عن بدل النجش من الثمن؛ لتيقنه بأن غيره لا يقدم[2] على ابتياعها مع علمه بشفعته، ولا يوجد مثل ذلك في المشترك[3]؛ لأن الشريك يقدر على دفع هذا الضرر بالمقاسمة، وما كان موضوعًا لدفع الضرر [لا يجوز][4] أن يدخل منه الضرر.

قال: **وغير العقار من المنقولات فلا[5] شفعة فيه**؛ لقوله ﷺ: «لا شُفْعَةَ إِلا فِي رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ»[6]، ولأن المنقول لا يبقى دائمًا، والعقار يتأبد؛ فيتأبد ضرر المشاركة فيه[7]، والشفعة تملُّكٌ قَهْرِيٌّ فلا يحكم بثبوته إلا عند شدة الضرر.

فإن قيل: قد روى البخاري عن أبي هريرة أنه قال: «جَعَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ الشُّفْعَةَ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ»[8]، وهذا عام.

فجوابه: أنه محمول على ما لم يقسم من العقارات[9]، يدل عليه تتمة الحديث: فإذا وقعت الحدود وصُرِّفت الطرق فلا شفعة. فأثبت جنس الشفعة فيما لم يقسم ثم فسر ذلك بتفسير لا يتناول إلا ما لا ينقل ولا يحول؛ لأن الحدود وصرف الطرق إنما تستعمل في الأرض.

قال: **وأما البناء والغراس فإنه إن بيع مع[10] الأرض** أي: الحاملة لذلك والمتخللة بينه، إذا كانت تقسم قال: **ففيه الشفعة**؛ للخبر الذي رواه[11] البخاري ومسلم وأبو داود؛ [إذ][12] الربعة والربع: المنزل الذي يربع به الإنسان ويتوطنه، يقال: هذا ربع بفتح الراء، وهذه ربعة.

وقيل: الربع: اسم للدار ببنائها، والحائط: اسم للبستان بغراسه.

ولأن البناء والغراس متصلان بالأرض، فصارا كأجزائها؛ ولهذا يندرجان تحت

---

(١) في أ: فيها.
(٢) في أ: يقدر.
(٣) في أ: الشريك.
(٤) في ج، د: لم يجز.
(٥) في التنبيه: لا.
(٦) ذكره الحافظ في التلخيص (٣/ ١٣٥)، وعزاه للبزار من حديث جابر وقال: إسناده جيد.
(٧) في أ: منه.
(٨) أخرجه البخاري (٥/ ٤٣١) كتاب الشركة، باب: الشركة في الأرضين وغيرها (٢٤٩٥) من حديث جابر رضي الله عنه.
(٩) في أ: العقار.
(١٠) في أ: من.
(١١) في ج: ذكرناه عن رواية.
(١٢) سقط في ج.

مطلق [بيع الأرض][(١)].

أما إذا بيع ذلك مع الأرض الحاملة [له][(٢)] لا غير، وكان ذلك عريضًا بحيث يقبل القسمة فهل تثبت فيه الشفعة أم لا؟ فيه وجهان في الطريقين: أقيسهما في الرافعي: المنع؛ لأن الأرض في هذه الحالة تابعة والمنقول متبوع، والعبرة بالمتبوع لا بالتابع، وهذا ما ادعى في [البحر][(٣)] أنه المشهور [عند أهل العراق.

وقال[(٤)] الإمام أبو محمد الجويني: إنه المذهب المشهور][(٥)] ولا فرق في جريان الخلاف بين أن ينص على إدراج المغارس والأساس في البيع، أو يقول باندراجها في البيع عند إطلاق بيع البناء والغراس على وجه، صرح بذلك الرافعي[(٦)].

فرع: إذا كانت دار ذات علو مشترك وسُفْلها لغير الشركاء، فباع أحد الشركاء في العلو نصيبه - نظر في السقف: فإن كان لرب السفل فلا شفعة، وإن كان لرب[(٧)] العلو ففي ثبوت الشفعة وجهان في الطريقين؛ وجه الجواز: أن السقف كالعَرْصة، وهو المختار في «المرشد»، وفي «البحر» والرافعي[(٨)]: عدمه أحسن.

ولو كان السفل لاثنين، ولأحدهما العلو، فباعه صاحبه مع نصيبه من السفل ثبت للشريك في السفل الشفعة [فيه][(٩)]. وهل تثبت له في نصف العلو تبعًا؟ فيه جوابان للقفال، أصحهما: عدم الثبوت ومثل ذلك [الخلاف جار][(١٠)] فيما لو

(١) في جـ: البيع.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في أ: إن قاله.
(٥) سقط في أ.
(٦) قوله: أما إذا بيع البناء أو الغراس مع الأرض الحاملة له لا غير، وكان ذلك عريضا بحيث يقبل القسمة - ففي ثبوت الشفعة وجهان.
أقيسهما في «الرافعي»: المنع؛ لأن الأرض في هذه الحالة تابعة، والمنقول متبوع.
ثم قال: ولا فرق في جريان الخلاف بين أن ينص على إدراج المغارس والأساس في البيع، أو يقول باندراجها في البيع عند إطلاق بيع البناء والغراس على وجه، صرح بذلك الرافعي. انتهى كلامه بحروفه.
والمتبادر إلى الفهم منه: أن ما نقله عن الرافعي عائد إلى الحالتين وهما التنصيص والإطلاق، وقد صرح بنقله عنه في «المطلب»، ولم يتعرض الرافعي لشيء من ذلك، وإنما حكى الوجهين ورجح بلفظ «الأشبه»، ولولا ما ذكره في «المطلب» وتعبيره - أيضا - بقوله: ذلك، الذي هو إشارة للبعيد، ولم يعبر بقوله: به لأعدناه على الوجه. [أ و].
(٧) في أ: لأرباب.
(٨) في أ: وللرافعي.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.

كانت الأرض مشتركة بين اثنين ولأحدهما فيها غراس فباعه مالكه مع نصيبه من الأرض.

قال: **وإن بيع[(١)] منفردًا فلا شفعة فيه**؛ لأنه منقول فأشبه العبد، وادعى الروياني في [ذلك][(٢)] نفي الخلاف، وحكى أبو الفرج السرخسي أنه يثبت فيه[(٣)] الشفعة؛ لثبوتها في الأرض.

وقال الإمام: إن بعض الأصحاب خرجها على تفصيل القول في القسمة، وقال: إن قلنا: [إن ما لم يقسم][(٤)] لا شفعة فيه؛ فلا شفعة فيها، إذا كانت مما لا تقسم وإن قلنا: بثبوت الشفعة فيه أو كان المبيع جدارًا عريضًا، أو سقفًا كاملاً لها؛ ففي المسألة قولان:

وجه الثبوت: أنها لا تعد من المنقولات، والمذهب الأول.

قال: **وإن كان على النخل** أي: التي في الشقص **طلع غير مُؤَبَّر** - أي حال العقد - **فقد قيل: يؤخذ مع النخل بالشفعة**: لأنه تبع للأصل[(٥)] في البيع، فكذلك في الأخذ. وهذا ما نقله المزني، وهو الأصح في «التهذيب».

فعلى هذا: لو تأخر الأخذ لغيبة الشفيع حتى أُبِّرَت، فهل يأخذها؟

فيه وجهان: أصحهما في الرافعي، و«التتمة»، وتعليق القاضي الحسين: نعم؛ لأن حقه تعلق بها، وزيادتها كزيادة الشجر تطول أغصانها، وبُسُوقها[(٦)].

وعلى هذا لا فرق بين أن [تكون تابعة][(٧)] للنخل، أو قطعت، كما صرح به في «البحر».

والثاني: لا، وبه قال القاضي أبو الطيب؛ لخروجها عن أن تكون تابعة للنخل. فعلى هذا هل يحط من الثمن شيء لأجل الثمرة؟ الذي جزم به القاضي الحسين: نعم، وغيره حكى وجهين، وقال: إنهما مبنيان على الخلاف في أن الثمرة غير

---

(١) في جـ: باع.

(٢) سقط في أ.

(٣) في جـ، د: فيها.

(٤) في أ: ما لا يقسم.

(٥) في أ: الأصل.

(٦) قوله: بطول أغصانها وبُسوقها.
البسوق - بباء موحدة مضمومة، ثم سين، مهملة وقاف - هو الطول، تقول بَسَق النخلُ - بالفتح - بسوقا؛ قال تعالى: ﴿وَٱلنَّخۡلَ بَاسِقَٰتٖ لَّهَا طَلۡعٞ نَّضِيدٞ﴾ [ق: ١٠]. [أ و].

(٧) في جـ: يكون على.

المؤبرة يقابلها قسط من الثمن أم لا؟

والأصح: المقابلة.

قال: وقيل: لا يؤخذ[١] أي: الطلع بالشفعة؛ لأنه منقول فأشبه الزرع، وهذا الخلاف قد أثبته بعضهم قولين، وبعضهم وجهين، وهو يجري فيما إذا كان المبيع شقصًا من طاحونة، وقلنا بدخول الحجر الأعلى في البيع في أنه هل يأخذه بالشفعة أم لا؟[٢]

وأما الأسفل إذا قلنا بدخوله [في البيع][٣] [له][٤] أخذه بالشفعة جزمًا.

قلت: ويتجه جريان الخلاف في كل ما لا يمكن الانتفاع به مع كونه منقولاً إلا بشيء[٥] ثابت في الأرض كغطاء التنور ونحوه كما ذكرناه[٦] في البيع.

قال: وما لا ينقسم[٧] **كالرحى، والحمام الصغير والطريق الضيق** أي ونحو ذلك كالعضائد الصغار، وفي بعض النسخ: والبئر [فلا شفعة فيه؛ لقول عثمان - رضي الله عنه- لا شفعة في بئر ولا فحل،والأُرف تقطع كل شفعة.

وأراد: البئر التي[٨]][٩] لا تقبل[١٠] القسمة، وفحل النخل، ولا يعرف له مخالف من الصحابة.

ولأن كل من ليس له المطالبة بالقسمة، ليس[١١] له المطالبة بالشفعة، أصله الجار المقابل. ولأن الشفعة تثبت لدفع الضرر[١٢] عند طلب القسمة، ببدل المؤن وبضيق[١٣] المكان واستحداث المرافق من المصعد والمبرز والبالوعة ونحوها[١٤]، وذلك مفقود هنا.

والمراد بـ «الأرف» في حديث عثمان: المعالم والحدود بين المواضع المقسومة. وهي [بضم الهمزة وفتح الراء][١٥].

واحدها أرفة.

ويقال: الإرث بالثاء أيضًا، قاله في المستغرب.

وحكى[١٦] الجيلي عن الأزهري أن الأرف[١٧] بضم الهمزة وفتح الراء

---

(١) في أ: يأخذ.
(٢) في أ: أولا.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: لشيء.
(٦) في أ: ذكرنا.
(٧) في التنبيه: يقسم.
(٨) في جـ: الذي.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في جـ: لا يقبل.
(١١) في أ: لم يكن.
(١٢) زاد في أ: وَ.
(١٣) في أ: وتضييق.
(١٤) في أ: وغيرها.
(١٥) في أ: بفتح الراء وضم الهمزة.
(١٦) زاد في جـ: في.
(١٧) في أ: الأرفة.

المهملة وضم الفاء: الحدود بين المواضع[(١)] المستوية، وبفتح الهمزة وسكون الراء : المعالم[(٢)] والحدود بين الأرضين.

قال: **وقيل فيه قولان:**

أحدهما: لا تثبت؛ لما ذكرناه.

والثاني: تثبت؛ لقوله ﷺ «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسْمْ»[(٣)]؛ ولأنها شرعت لدفع الضرر عن الشريك، والضرر فيما لا يقبل القسمة أدوم منه فيما يقبلها؛ فكان ثبوتها فيه[(٤)] بطريق[(٥)] الأولى. وما ذكره القائل الأول من أن الشفعة إنما تثبت لأجل الضرر اللاحق بسبب القسمة، لا يصلح أن يكون علة؛ لأن ذلك ثابت[(٦)] مع بقاء الشريك الأول فلم يجدده[(٧)] البيع، وهذا ما صار[(٨)] إليه ابن سريج واختاره أبو خلف السلمي والروياني.

وقال: إن الفتوى عليه اليوم، ومنهم من حكاه عنه قولاً مُخَرَّجًا كما حكاه الشيخ، وعلى ذلك جرى ابن الصباغ والمذهب الأول؛ لما ذكرناه.

ولأن إثبات الشفعة فيه يُضِرُّ بالبائع؛ لأنه لا يمكنه[(٩)] أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بقسمته، وقد يمتنع[(١٠)] المشتري من الشراء[(١١)]؛ لأجل الشفعة فيقل ثمنه[(١٢)] والضَّررُ لا يُزال[(١٣)] بالضرر.

وما ذكره من الحديث شاهد لنا؛ فإن قوله ﷺ: [إنما الشفعة][(١٤)] فيما لم يقسم يقتضي أن يكون ذلك فيما[(١٥)] يقبل [القسمة][(١٦)]، فإنه لو أراد نفي القسمة جملة لقال: فيما لم ينقسم، والذي يؤيد هذا وأن المراد ما يقسم ولكنه لم يقسم

---

(١) قوله: لقول عثمان: «لا شفعة في بئر ولا نخل، والأرف تقطع كل شفعة».
وحكى الجيلي عن الأزهري أن «الأرف» - بضم الهمزة، وفتح الراء المهملة، وضم الفاء-: الحدود بين المواضع. انتهى كلامه.
واعلم أن ضم الفاء وإن كان صحيحا في هذا التركيب بخصوصه، لكنه لا مدخل له في تفسير المدلول اللغوي؛ فإنه لا فرق في ذلك بين ضمها وفتحها وكسرها؛ لأنها حرف إعراب؛ فلا يحسن من المصنف متابعة الجيلي عليه. وذكر الجوهري أن «الأرف» المذكور جمع «أرفة» بضم الهمزة وسكون الراء؛ كغُرْفة وغُرَف، ثم ذكر هذا الحديث. [أ و].

(٢) في جـ: المواضع.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) زاد في أ: من.
(٥) في أ: طريق.
(٦) في أ: يثبت.
(٧) في أ: يحدد.
(٨) في أ: أشاد.
(٩) في أ: لا يمكن.
(١٠) في جـ: يمنع.
(١١) في أ: الشري.
(١٢) في جـ: الثمن.
(١٣) في أ: يزول.
(١٤) سقط في أ.
(١٥) زاد في أ: لا.
(١٦) سقط في أ.

بعد: قوله ﷺ: «فَإِذَا وَقَعَت الْحُدُودُ [وَصُرِفَتِ الطُّرق][١] فَلاَ شُفْعَةَ»[٢].

وهذا بيان لما اشتمل عليه اللفظ الأول.

وعلى الخلاف يخرج ما إذا كان لشخص في دار عشرها ولآخر تسعة أعشارها، وكانت بحيث لو طلب صاحب العشر القسمة لم يُجَبْ إليها[٣]، فباع صاحب العشر نصيبه- فإن قلنا: إن الشفعة تثبت فيما لم يقسم، ثبتت، وإلا فلا. ولو باع مالك [التسعة أعشار نصيبه][٤] وقلنا: لا تثبت الشفعة فيما لم يقسم، فهل تثبت الشفعة لصاحب العشر؟ فيه وجهان [ينبنيان على أن صاحب الأعشار إذا طلب القسمة هل يجاب إليها أم لا][٥]؟ فيه وجهان يأتيان [من بعد][٦]، إن شاء الله تعالى.

هكذا حكاه الإمام، والغزالي، والرافعي ومقتضاه: أن الشفعة إنما ثبتت على المذهب خوفًا من طلب المشتري القسمة، والذي ذكره الشيخ في المهذب أنها إنما تثبت لدخول غير شريكه عليه، فيتأذى به فتدعو الحاجة إلى مقاسمته فيدخل عليه الضرر.

قلت[٧]: وعلى هذا ينعكس التفريع على المذهب فيقال: إن باع صاحب الأعشار نصيبه فلا شفعة لصاحب العشر؛ لأنه لو طلب القسمة لم يُجَبْ إليها كما حكاه المراوزة والشيخ؛ لعدم [انتفاعه][٨] بالقسمة[٩]، فيكون طلبها منه سفهًا[١٠]، فإن[١١] باع صاحب العشر نصيبه ثبتت الشفعة للآخر على الأصح؛ لأنه لو طلب القسمة أجيب إليها على الصحيح[١٢] كما ذكره المراوزة والشيخ؛ لأنه ينتفع بها، وعلى ذلك جرى القاضي الحسين في تعليقه ومجلي، وقد يصار إلى هذا الترتيب مع نظرنا إلى الخوف من طلب المشتري القسمة، إذا راعينا ما حكاه أئمة العراق عن الشيخ [في الإجبار على القسمة][١٣]، فإنهم قالوا: إن كان الضرر فيها على الممتنع أجبر، وإن كان على الطالب فوجهان، والله أعلم.

أما الطاحون الكبير الذي يمكن أن يجعل[١٤] طاحونين لكل منهما حجران[١٥]،

---

(١) سقط في أ.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) في أ: إليه.
(٤) في أ: الأعشار ما يملكه.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في أ: في الكتاب.
(٧) في جـ: قال.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: القسمة.
(١٠) في جـ: سفه.
(١١) في أ: ولو.
(١٢) في أ: الأصح إليها.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في جـ: يجعلها.
(١٥) في أ: حجر.

والحمام الذي بيوته واسعة بحيث يمكن جعل كل بيت [منها][(١)] بيتين، أو كل بيت حمامًا، والبئر الواسعة التي يمكن أن تجعل بئرين، لكل واحد منهما بياض يقف عليه المستقي، ويلقي فيه ما يخرج منهما[(٢)]، ولم تنقص القيمة [بالقسمة][(٣)] نقصانًا فاحشًا، أو كان مع البئر بياض بحيث يمكن جعل البئر في سهم والبياض في سهم، كما قاله ابن الصباغ وأبو الطيب - تثبت فيه الشفعة.

وحكى الإمام والقاضي الحسين - فيما إذا كانت قسمة البئر غير ممكنة والبياض الذي عليها يمكن قسمته - وجهين في ثبوت الشفعة: وجه الثبوت: القياس على ثبوتها في الأشجار إذا بيعت تبعًا للأرض. ووجه المنع: أنها مباينة عن الحريم؛ إذ هي بقعة أخرى فلم تتبع الحريم بخلاف الغراس فإنه متصل بالشقص [في محل الشفعة][(٤)].

وخص في «البحر» الجواز في مسألة البئر عند[(٥)] البياض بما إذا لم يكن فيها ماء، وقال فيما إذا كان فيها ماء ولم يكن لها بياض: إنه ينظر فإذا كانت واسعة لها عينان، ويمكن أن تجعل بئرين، ويُجْعل بينهما حاجز مثل الحريرة[(٦)]، فهذه تثبت [فيها][(٧)] الشفعة.

وإن كان فيها عين واحدة لا تثبت فيها؛ لأنه لا يجبر الشريك على قسمتها.

وقال في الرحى: الواحد إذا لم يمكن قسمته[(٨)]، لكن كان معه في البيع البيت الذي لا يستغني عنه الرحى، كالذي يجعل فيه الطعام ويرد إليه البهائم التي تعمل في الرحى، وقيمتهما واحدة: إن ذلك[(٩)] مما يمكن قسمته وتثبت فيه الشفعة.

ومحل عدم الثبوت: إذا لم يكن مع الرحى بيت، وهو في ذلك موافق لما في «الشامل».

وأما الطريق الواسع الذي يمكن قسمته [إذا كان مملوكًا][(١٠)] كالسكة المفسدة الأسفل إن بيع منه شيء منفردًا[(١١)]، ثبت فيه الشفعة.

وإن بيع مع الدار التي يستطرق إليها منه، نظر: إن كان للدار طريق غيره، تثبت

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: منها.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.
(٥) زاد في أ، جـ: عدم.
(٦) في جـ: الحويرة.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: قسمتها.
(٩) في جـ: كان.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في جـ: مفردًا.

فيه الشفعة دون الدار على الأصح، وإذا أخذه الشفيع امتنع على المشتري التطرق منه.

وفي البحر، والرافعي عن ابن سريج: أن الشفعة تثبت في الدار للشريك في الطريق أيضًا.

وإن لم يكن[١] للدار طريق غيره، نظر: فإن كان الطريق بحيث إذا قسم نصفين كفى أحد النصفين للاستطراق، ثبتت الشفعة في أحد النصفين بلا خلاف.

وهل تثبت في النصف الآخر؟

الحكم فيه كما لو كان لا يمكن الاستطراق إلا في جميعه، وفيه أربعة [أوجه][٢]:

أصحها عند القاضي أبي الطيب وغيره من العراقيين: أنها لا تثبت.

وهو ظاهر المذهب في «البحر»؛ وبه قال ابن سريج، وأبو إسحاق.

والثاني: أنها تثبت لإمكان القسمة.

ونسبه الروياني إلى ابن أبي هريرة.

والثالث: [إن مكَّن][٣] الشفيع المشتري من التطرق فيه تثبت، وإلا فلا، وهذا ما ذهب إليه أبو الفرج السرخسي، واختاره في «المرشد».

والرابع: أن الشفعة تثبت وللمشتري الاستطراق، حكاه ابن الصباغ وغيره.

قال[٤] الروياني: فعلى هذا إن أخذ أهل الدرب جميعهم الحصة المبيعة بالشفعة واقتسموا، كان للمشتري الاستطراق في حصة كل [واحد][٥] منهم، وإن أخذها بعض الشركاء في الدرب [و][٦] اقتسموا، فهل يثبت للمشتري الطروق[٧] في حصة الآخذ خاصة أو في حصة كل من الشركاء؟ فيه وجهان.

والحكم فيما إذا أمكن اتخاذ ممر الدار[٨] المشتراة من سكة نافذة عند القاضي أبي الطيب، وابن الصباغ، كالحكم فيما إذا كان لها ممر آخر.

وعند[٩] الشيخ أبي محمد: كما إذا لم يكن لها ممر لكن بشرط أن يلحقه في

---

(١) في أ: تكن.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: إن لم يكن.
(٤) في أ: قاله.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: التطرق.
(٨) في جـ: للدار.
(٩) في أ: وعن.

الفتح [عسر وتلحقه][(١)] مؤنة لها وقع.

فرع: شركة مالكي بيوت الخان في صحنه، كشركة مالكي الدور في الدرب[(٢)].

وكذا الشركة في مسيل ماء الأرض[(٣)] دون الأرض.

وفي بئر المزرعة [دون المزرعة][(٤)].

تنبيه: [اختلفت أقوال][(٥)] الأئمة فيما يمكن قسمته على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه الذي لا تنقص القسمة قيمته نقصانًا فاحشًا، كما لو كانت قيمة الدار مائة، ولو[(٦)] قسمت عادت [قيمة][(٧)] كل نصف [إلى][(٨)] ثلاثين[(٩)].

قال البندنيجي: وهذا ما صار إليه عامة الأصحاب والشيخ؛ يعني أبا[(١٠)] حامد.

وقال الإمام: إن العراقيين زيفوه.

والثاني: أنه الذي يبقى منتفعًا به بعد القسمة بوجه ما.

والثالث: أنه الذي إذا قسِّم أمكن أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به [قبل][(١١)] القسمة.

فإن كانت مزرعة أمكنت الزراعة في كل حصة، وإن كانت دارًا مسكونة أمكن السكن فيما[(١٢)] يقسم وإن كان بتجديد مرافق كما ذكره الإمام، ولا عبرة بإمكان الانتفاع [به][(١٣)] من وجه آخر؛ للتفاوت العظيم بين أجناس المنافع، [وهذا ما][(١٤)] صححه الإمام، والرافعي.

وقال في «البحر»: إنه الذي رواه العراقيون مع الأول.

وكلام الشيخ في منع الشفعة في الحمام الصغير منطبق عليه.

[وفي تعليق البندنيجي في كتاب القسمة أن الشافعي قال: وإن كان ينتفع واحد منهم بما يصير إليه أجبرتهم، [و][(١٥)] هذا اللفظ يحتمل الوجه الثاني وهو ظاهر

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: الدار.
(٣) في جـ: أرض.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: اختلف قول.
(٦) في أ: فلو.
(٧) في أ: قيمته.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: ولعلها ثلثين.
(١٠) في أ: أبو.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ: فيها.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في أ: ولهذا.
(١٥) سقط في أ.

فيه، ويحتمل الوجه الثالث][١].

وفي الوسيط حكاية وجه: أن المعتبر: أن تبقى تلك المنفعة من غير تضايق، كالدار الفيحاء وعرصة الدار.

[وعلى ذلك ينطبق قول الماوردي في كتاب القسمة: إن ظاهر مذهب الشافعي أن النقصان الذي يحصل به الضرر المانع من القسمة نقصان المنفعة [والله أعلم][٢]][٣].

قال: **ولا شفعة إلا فيما ملك بمعاوضة** يريد أن الذي يستحق أخذه بالشفعة هو المملوك بعقد المعاوضة.

قال: **كالبيع، والإجارة، والنكاح، والخلع**، وكذا السلم والقرض والجعالة بعد العمل، ومعاوضته عن نجوم الكتابة إذا حصل العتق، وعن المتعة، وفي الصلح[٤] عن دم العمد، أو جراحة لها أرش مقدر إذا جوزنا ذلك بشرطه وغير ذلك.

ووجه[٥] ثبوتها في البيع: ما روى البخاري ومسلم، وأبو داود، بسند كل منهم عن[٦] جابر [أنه][٧] قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة أو حائط: «لاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبيعَ حَتَّى يُؤذِنَ شَريكَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِنْ بَاعَهُ[٨] وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[٩].

وفيما عداه: القياس عليه بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر الذي تقدمت الإشارة إليه، ولا فرق في ذلك بين أن يعتاض عنه ما ثبت في الذمة بعقد السلم والقرض، أو لا.

وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي أن صاحب «التقريب» قال: إذا كان ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة [بعقد][١٠] السلم[١١]، ولا بالقرض؛ فلا شفعة [فيه][١٢]؛ لأنه تعذر أخذه بما[١٣] ملك به المتملك[١٤]، وهو

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: صلح.
(٥) في أ: وحق.
(٦) في أ: إلى.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ج: باع.
(٩) تقدم تخريجه.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: بالسلم.
(١٢) سقط في ج.
(١٣) في أ: مما.
(١٤) في ج: التملك.

غريب[1].

قال: **فأما ما ملكه بالإشارة أو بوصية**[2] **أو هبة**[3] أي لا تقتضي ثوابًا كهبة الأعلى للأدنى **فلا شفعة فيه**؛ لأنه مملوك بغير بدل، فلا تجب فيه الشفعة، كما لو ملكه بالإرث.

قال الرافعي: ولأن[4] الموهوب له والموصى له يُقَلَّد المنة من المواهب والموصِي بقبول تبرعهما. ولو أخذ الشفيع [لأخذ عن استحقاق وتسليط، فلا يكون متقلدًا للمنة، ووضع [الشفعة]][5] على أن يأخذ [الشفيع][6] بما أخذ به المتملك.

أما إذا[7] كانت الهبة تقتضي الثواب إما عند الشرط[8] أو عند إطلاق هبة الأدنى للأعلى وقلنا: إنه يستحق[9] الثواب فهل تثبت الشفعة فيه؟ فيه وجهان: أظهرهما: نعم؛ لأنه مملوك بعقد معاوضة.

فعلى هذا هل يأخذه قبل قبض الموهوب [أم لا؟][10]؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم؛ لأنه صار بيعًا.

قال الرافعي: وهذا الخلاف مبني على أن الاعتبار باللفظ أم[11] بالمعنى؟

ولو قايل[12] المشتري البائع في صورة إسقاط[13] الشفيع حقه بسبب

---

(١) قوله: وفي «أمالي» أبي الفرج أن صاحب «التقريب» قال: إذا كان ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة بالسلم ولا بالقرض فلا شفعة فيه؛ لأنه تعذر أخذه بما ملك به المتملك. وهو غريب. انتهى كلامه.

ونسبة هذه المقالة إلى صاحب «التقريب» سهو؛ إنما هو صاحب «التلخيص»؛ فإن المصنف قد أخذ هذا الكلام من الرافعي، والرافعي قد نقله كما ذكرته لك، فقال: ويجوز أن يعلم - بالواو - لأن في «أمالي» أبي الفرج السرخسي أن صاحب «التلخيص» قال: إذا كان ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة بالسلم ولا بالقرض فلا شفعة فيه؛ لأنه تعذر أخذه بما ملك به المتملك. وهو غريب. هذا لفظ الرافعي بحروفه، وهو لفظ المصنف، وبه يعلم أنه أخذه منه، وأيضا: فإن المصنف لم يقف على كتاب السرخسي، وإنما ينقل عنه بوساطة الرافعي، وقد تفطن في «المطلب» إلى الصواب فقال: وعن صاحب «التلخيص». [أ و].

(٢) في أ: أو وصية.

(٣) في التنبيه: وما ملك بوصية أو هبة لا تستحق فيها ثواب

(٤) في أ: لأن.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في جـ.

(٧) في جـ: لو.

(٨) في جـ: بالشرط.

(٩) في أ: يستحقه.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في أ: أو.

(١٢) في أ: قابل وهو تصحيف.

(١٣) في أ: أسقط.

الشراء[(١)]، ثبتت له الشفعة بسبب الإقالة إن قلنا: إنها بيع كما صرح به القاضي الحسين.

وإن قلنا: إنها فسخ، فلا، وكذا لو رد عليه بالعيب؛ لأن الفسوخ وإن كانت تشتمل على تراد العوضين، فلا تعطى أحكام المعاوضات؛ ألا ترى أنه يتعين فيها العوض الأول؟!.

ولا نزاع في ثبوتها بالتولية.

فروع:

لو قال لأم ولده: إن خدمت ورثتي شهرًا، فلك هذا الشقص، فخدمتهم شهرًا ملكت الشقص. وهل تثبت فيه الشفعة؟ فيه وجهان:

وجه المنع وهو الأصح: أن ذلك وصية [في الحقيقة لأنها][(٢)] تعتبر من الثلث.

لو دفع المكاتب عن نجوم كتابته شقصًا، ثم عجز ورقَّ، فهل للشفيع [في الشقص شفعة]؟[(٣)] فيه وجهان:

أصحهما: لا.

لو حضر رجل مغنمًا، فأعطاه الإمام لحضوره شقصًا من دار، فهل تثبت فيه الشفعة؟

نُظِر: إن أعطاه عن رضخ فلا؛ لأنه تبرع.

وإن[(٤)] أخذه بسهم مستحق؛ ففيه وجهان[(٥)]:

وجه الثبوت: أنه اعتاضه بدلاً عن حضور وعمل.

فعلى هذا يأخذه الشفيع بقدر سهمه من الغنيمة، حكاه في «البحر».

قال: وما ملكه[(٦)] **بشركة الوقف لا يستحق**[(٧)]. أي: الموقوف عليه فيه الشفعة؛

---

(١) في أ: الشرى.
(٢) في أ: في الحقيقية بها.
(٣) في أ: شفعة في الشقص.
(٤) في أ: فإن.
(٥) قوله: لو حضر رجل مغنما، فأعطاه الإمام لحضوره شقصا من دار - فهل تثبت فيه الشفعة؟ نظر: إن أعطاه عن رَضْخٍ فلا؛ لأنه تبرع.
وإن أخذه بسهم مستحق ففيه وجهان. انتهى.
وما ذكره من كون الرضخ تبرعًا قد خالفه في باب قسم الفيء والغنيمة، فقال: المشهور: أنه واجب؛ لأنه ﷺ لم يتركه قط، ولنا فيه أسوة حسنة. هذا كلامه، ونقل الرافعي - أيضا - أن الأكثرين عليه، فثبت مع ما وقع فيه من الاختلاف اندفاعُ ما ذكره من عدم الشفعة. [أ و].
(٦) في التنبيه: ملك.
(٧) في التنبيه: يستحق.

لأن الوقف لما لم يستحق أخذه بالشفعة لم يستحق به الأخذ، وهذا ما جزم به القاضي أبو الطيب.

وقيل: إن قلنا: إن الملك للموقوف عليه؛ كان له الأخذ بالشفعة؛ لأنه يلحقه الضرر في ماله من جهة الشركة، وهذا ما اختاره في «المرشد».

ونسب الماوردي في كتاب الوقف مقابله إلى أبي إسحاق.

وبنى الغزالي الخلاف على أن الوقف والملك هل يقسم أم لا؟ وحكاه الرافعي مرتبًا على القول بجواز القسمة، وجزم بالمنع على القول بامتناعها. ثم إذا قلنا بثبوت الشفعة للموقوف عليه، فلو كان الوقف على جهة عامة كان للناظر الأخذ بالشفعة، إذا رأى المصلحة في ذلك.

ولا نزاع في أن المسجد إذا كان له حصة مملوكة من دار، بابتياع[1] قيمة ذلك، أو اتهابه ليصرف ريعها في عمارته[2]، وبيع من تلك الدار حصة، ورأى القيِّم أخذها بالشفعة أن له ذلك، كما صرح به القاضي الحسين، وكذلك الرافعي، وقاسه على ما لو كان لبيت المال شركة في دار، فباع الشريك نصيبه، فإن للإمام الأخذ بالشفعة.

وفي «البحر» حكاية وجهين فيما إذا مات الشفيع قبل العلم بالشفعة، ووارثه بيت المال، أن الإمام هل له الأخذ أم تبطل الشفعة؛ لأنها تثبت لدفع الضرر، وهاهنا لا يتعين [للضرر][3] واحد.

ومقتضى هذا أن يجري هذا الوجه فيما لو بيع ما لبيت المال فيه شركة.

تنبيه: اقتصار الشيخ على منع ثبوت الشفعة لمن سبب ملكه الوقف، يعرفك أنها تثبت لكل من ملك بغيره سواء كان بعقد معاوضة أو بغيره[4]، وهو ما صرح به غيره حتى طرده في «المرشد» في المُعْمَر والمُرْقَب، والشيخ أبو محمد فيما إذا ملك عبده شقصًا من دار وقلنا: إنه يملك.

وقال الإمام: فيه احتمال ظاهر من حيث إن ملك العبد ضعيف، والشفعة لا تستحق بالملك الضعيف عند كثير من أصحابنا، وأشار - رضي الله عنه- بذلك إلى الملك في زمن الخيار وسنذكره، ثم إذا قلنا بالثبوت للعبد، فهل يحتاج في

---

(١) في أ: فابتاع.
(٢) في أ: عمارتها.
(٣) في أ: الضرر.
(٤) في أ: أو غيره.

الأخذ إلى إذن من جهة السيد؟ فيه وجهان.

فائدة: ثبوت الخيار في الملك الذي يستحق به الشفعة، هل يمنع استحقاق الشفعة؟

قال الماوردي: إن كان خيار عيب لم يمنع؛ لبقائه على ملك مشتريه، وإن كان خيار رؤية، لم يملك به المشتري الشفعة، سواء قيل بصحة البيع أو بفساده؛ لأنه إما غير مالك أو غير مستقر الملك إن صح البيع.

وأما البائع فإنه يملك به الشفعة إن أبطلنا البيع. وفي ملكها مع القول بالصحة وجهان مبنيان على اختلافهم في لزوم البيع في خيار الرؤية قبل وجود الرؤية.

وأما خيار المجلس فلا يملك البائع فيه شفعة بالشقص الذي باعه في مجلس بيعه وخياره، سواء قيل: إن ملكه قد انتقل بالعقد أو لا؛ لأنه ببيعه راضٍ بإسقاط شفعته.

وأما المشتري، فإن فسخ العقد فلا شفعة له [بما لم][1] يستقر ملكه عليه.

وإن تم له البيع، فله الشفعة، وكذا لا شفعة له إن قلنا: لا ملك له قبل انقضاء الخيار.

وإن قلنا[2] بانتقال الملك [إليه][3]، أو بقول[4] الوقف، ففي استحقاقه الشفعة وجهان:

وجه المنع: أن ملكه غير مستقر؛ لأنه لا يجوز له أن يعاوض، فلم يجز أن يملك به.

وأما خيار الشرط فإن كان لهما؛ فحكمه حكم خيار المجلس، وكذا إن كان الخيار للمشتري وحده.

وإن[5] كان [الخيار][6] للبائع وحده ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا شفعة لواحد منهما. أما البائع؛ فلما في بيعه من الرضا بإسقاط حقه. وأما المشتري؛ فلعدم ملكه واستقراره.

---

(١) في أ: ما لم.
(٢) في جـ: قيل.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: بقيول.
(٥) في أ: فإن.
(٦) سقط في أ.

والثاني: أنها للبائع؛ لأن في اشتراطه الخيار [لنفسه][١] تمسكًا بما تعلق به من حقوق.

والثالث: إن تم البيع بينهما، فالشفعة للمشتري. وإن انفسخ فللبائع، كذا حكاه الماوردي.

وفي كلام الرافعي ما يقتضي خلافه في بعض ذلك؛ فإنه قال: لو باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار لزيد، ثم باع الشريك الآخر نصيبه في زمن الخيار بيعًا بتًّا لعمرو، فلا شفعة في المبيع الأول لبائع عمرو؛ لزوال ملكه، ولا لعمرو وإن تقدم ملكه على ملك زيد، إذا فرعنا [على][٢] أن الخيار يمنع الملك؛ لأن سبب الشفعة البيع وهو سابق على ملكه.

وأما الشفعة في المبيع لعمرو فموقوفة إن توقفنا في ملك زيد، ولبائع زيد إن أثبتنا الملك له، ولزيد إن قلنا بانتقال الملك إليه.

وعلى هذا قال المتولي: إن فسخ البيع قبل العلم بالشفعة[٣] بطلت شفعته إن قلنا: إن الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله.

وإن قلنا: يرفعه من حينه فهو كما لو باع ملكه قبل العلم بالشفعة.

وإن أخذه بالشفعة ثم فسخ البيع، فالحكم في الشفعة كالحكم في الزوائد الحادثة[٤] في زمن الخيار.

قال: **ويأخذ الشفيع [الشقص بالعوض][٥] الذي استقر عليه العقد** هكذا هو نسخة عليها خط المصنف رحمه الله؛ لأنه جاء في حديث جابر: «فَإِنْ بَاعَهُ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ[٦] بِهِ»[٧].

قال الماوردي: ولأن عدولهما عن الثمن لا يخلو من ثلاثة أحوال فاسدة.

إما أن يأخذه بما يرضى به المشتري، وفي ذلك إضرار بالشفيع.

وإما أن يأخذه بما يرضى به الشفيع، وفي ذلك إضرار بالمشتري.

وإما أن يأخذه بالقيمة، وقد تكون أقل من الثمن فيستضر المشتري، أو أكثر فيستضر[٨] الشفيع، وإذا بطلت هذه الأحوال ثبت أخذه بالثمن.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ: بالبيع.
(٤) في أ: الزائدة.
(٥) في التنبيه: بعوض الشقص.
(٦) زاد في جـ: بالثمن.
(٧) تقدم تخريجه.
(٨) في أ: فسنضر.

ثم اعتبار الشيخ الأخذ بما استقر عليه العقد، يعني من زيادة أو نقصان في مدة الخيار؛ بناء على ما هو الصحيح من[١] إلحاق الزيادة و[٢] النقص في حال الخيار بالعقد، وقد ذكرنا في باب المرابحة ما قيل في ذلك، وعليه ينبني أمر الشفيع.

قال: **فإن كان له مثل** أي العوض كما إذا كان من الدراهم والدنانير أو الحبوب والأدهان - **أخذه بمثله**؛ لأنه الأعدل، فلو كان الثمن مائة رطل من الحنطة فهل يكال ويدفع للمشتري[٣] قدرها بالكيل، أم يعطى[٤] له مائة رطل [من الحنطة][٥]؟ فيه وجهان.

والذي ذهب إليه الجمهور منهما وبه جزم في «البحر»: الأول.

والذي حكاه القاضي الحسين: الثاني، موجهًا له بأن ذلك في مقابلة الشقص؛ ولذلك[٦] اختاره الغزالي، وقال: إنه حسن [بالغ][٧].

فرع: لو كان المثل[٨] منقطعًا عند إرادة الأخذ.

قال المتولي: فللشفيع[٩] الأخذ بالقيمة كما لو اشتراه بما لا مثل له.

قال: **وإن لم يكن له مثل** أي كالثوب والعبد ومنفعة البضع والمنافع في الإجارة، والجعالة، وحق القصاص، ونحو ذلك **أخذه**[١٠] **بقيمته** [أي بقيمة][١١] العوض؛ لأنها مثل في المعنى، ولأن ما يضمن بالمثل إذا كان له مثل - ضمن[١٢] بالقيمة إذا لم يكن له مثل، كما لو أتلف على رجل مالاً.

قال: **وقت لزوم العقد** كما يعتبر قدر الثمن فيه، وهذا الذي أورده في المهذب، هو من تخريج ابن سريج. وقد صححه [الروياني][١٣] في «البحر»، واختاره في «المرشد»، واقتصر عليه أيضًا صاحب «التهذيب»، والشاشي في «حليته»، وصاحب «الفروع».

كما حكاه في «البيان».

والذي نص عليه الشافعي كما حكاه البندنيجي، وذهب إليه جمهور الأصحاب: أنها معتبرة بحالة العقد؛ لأنها وقت وجوب الشفعة، فلا اعتبار بما يحدث بعدها من زيادة [أو نقصان؛ لأن الزيادة تكون][١٤] في ملك البائع،

---

(١) في أ: في.
(٢) زاد في أ: أما.
(٣) في أ: إلى المشتري.
(٤) في جـ: ويعطي.
(٥) في أ: بالحنطة.
(٦) في جـ: وكذا.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في أ: الثمن.
(٩) في أ: فللمشتري.
(١٠) في التنبيه: أخذ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ: ضمنه.
(١٣) سقط في جـ.
(١٤) سقط في أ.

[والنقصان عن ملكه، وليس على الشفيع شيء مما يحدث][(١)].

وفي هذا التعليل ما يرشد إلى أن هذا تفريع على القول بانتقال الملك بنفس العقد.

أما إذا قلنا بأنه لا ينتقل إلا بزوال الخيار، فالوجه ما قاله ابن سريج.

وفي «الذخائر» أن بعضهم قال فيما إذا شرط في العقد خيار: إن قلنا: الملك ينتقل بنفس العقد، اعتبرت القيمة حين[(٢)] العقد.

وإن قلنا: لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار اعتبرت عند انقضائه.

ثم قال: وهذا ليس بشيء؛ إذ يلزم عليه خيار المجلس ولم يطرده فيه.

والذي جزم به الماوردي أنا نعتبر أقل قيمة من حين العقد إلى [حين][(٣)] أن يقبض البائع الثمن؛ لأنه إن زاد فالزيادة حادثة في ملك البائع لم يتناولها العقد.

وإن نقص فالنقصان مضمون على المشتري فخرج من العقد.

وعلى ذلك ينطبق ما حكاه فيما إذا كان العوض عبدًا، فاعورَّ في يد المشتري ورضي به البائع - أن الشفيع يأخذه بقيمة العبد أعور.

وقياس ما حكيناه عن ابن سريج أن العور إذا[(٤)] حصل في حال بقاء الخيار، فالحكم كذلك وإن حصل بعده أخذه بقيمة عبد سليم.

وهو الذي يقتضيه قياس المذهب في كل حال، وهو ما حكاه [المتولي عن][(٥)] الجمهور فيما إذا اشترى الشقص بعبد، فخرج معيبًا ورضيه البائع.

ووجهه بأن رضا البائع بالعيب نوعُ[(٦)] مسامحةٍ فصار كما لو حط بعض الثمن، وكما لو اشترى [بألف][(٧)] من نقد جيد، فوفاه من نقد دونه ورضي به، فإن الشفيع لا يأخذ إلا بالجيد.

وحكي عن ابن سريج أنه يأخذه[(٨)] بقيمة عبد معيب.

وإن كان عوض الشقص منفعة في إجارة، أو جعالة رجع بمثل أجرة تلك المنفعة، وذلك في الجعالة بعد الفراغ من العمل.

وإن كان منفعة بضع، كما لو أصدقها شقصًا، أو خالعها على شقص، رجع

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: حال.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: إن.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: نحو.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: يأخذ.

بمهر[١] مثلها حال العقد والخلع على الصحيح.

وفي «البحر» أنه يحكى عن القديم في مسألة الصداق أنه يأخذه[٢] بقيمة الشقص لا غير، وحكاه المتولي عن بعض الأصحاب وجهًا مخرجًا في الصداق.

والخلع أيضًا من قول لنا في الصداق إذا رد بالعيب، أن الزوجة تأخذ قيمته لا مهر المثل.

وإن كان الشقص مقرضًا[٣] أخذه بقيمته، وإن قلنا: يرد في القرض المثل الصوري؛ لأن أخذ الشفيع كالإتلاف، قاله المتولي.

وإن كان الشقص عوضًا[٤] عن نجوم الكتابة أو متعة أو عن دم عمد، أخذه بقدر النجوم والمتعة والدية.

تنبيه: في قول الشيخ: أخذه بقيمته وقت لزوم العقد ما يعرفك أن الأخذ في زمن الخيار غير جائز؛ لأن الأخذ لا يكون إلا بثمن المثل أو قيمته، وذلك لا يجوز[٥] إلا بعد اللزوم؛ فلزم منه تأخر[٦] الأخذ إلى اللزوم.

وقد قال الأصحاب: إن الحكم كذلك فيما إذا كان خيار البائع باقيًا؛ لأن في الأخذ[٧] قبل انقضائه - إن قلنا بعدم انتقال الملك - تسليط على ملك البائع، ووضع الشفعة أخذ ملك المشتري، وإن قلنا: بانتقال [الملك][٨] ففيه إبطال لحقه، وفي ذلك إضرار به.

وعن صاحب «التقريب» احتمال في جواز الأخذ في هذه الصورة[٩] الأخيرة.

وإن كان الخيار للمشتري وحده، وقلنا: لا ملك له فكذلك الحكم؛ لما أشرنا إليه.

وعن صاحب «التقريب» وجه أن له الأخذ في هذه الحالة، ويتبين بالأخذ الملك قبيله وينقطع الخيار.

وإن قلنا: إن الملك له، فالذي رواه المزني، أن للشفيع الأخذ، وكذلك هو منصوص في الأم، وهو الأصح عند عامة الأصحاب؛ لأنه مسلط عليه بعد لزوم الملك واستقراره، فقبله أولى.

وروى الربيع قولا أنه[١٠] ليس له الأخذ حتى ينقضي[١١] الخيار.

---

(١) في جـ: بمثل مهر.
(٢) في أ: يأخذ.
(٣) في أ: مفوضًا.
(٤) في جـ: عرضًا.
(٥) في جـ: لا يتجرد.
(٦) في أ: تأخير.
(٧) في جـ: الأصل.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: الحالة.
(١٠) في جـ: أن.
(١١) في جـ: ينقطع.

وقال أبو إسحاق المروزي: إنه الصحيح، واختاره القفال كما حكاه[١] في «البحر»، وكلام القاضي أبي الطيب يدل على اختياره، فإنه وجهه بأمرين:

أحدهما: أنه خيار مشروط[٢] لأحد المتبايعين، فوجب أن يمتنع[٣] الشفيع عن الأخذ، أصله خيار البائع.

والثاني: أن المشتري إنما شرط هذا الخيار لينظر أي الأمرين أحظ له، وفي أخذ الشفيع إبطال لهذا الغرض[٤] فلا يجوز، وما ذكروه فيبطل بما إذا كان الخيار للبائع، فإن البيع إذا استقر للمشتري بانقطاعه أخذ الشفيع الشقص، وقبل [أن يستقر بانقطاعه][٥] ليس له الأخذ.

وقد روى الإمام ومن تابعه عن بعضهم القطع به.

ولا فرق فيما ذكرناه[٦] بين خيار المجلس وخيار الشرط.

فرع: إذا قلنا بعدم جواز الأخذ في زمن الخيار، لو قال المشتري: اشتريت بشرط الخيار، وكذبه الشفيع.

قال أبو حامد في «الجامع»: القول قول المشتري مع يمينه حكاه في «البحر».

قال: **وإن كان الثمن مؤجلاً ففيه [ثلاثة][٧] أقوال**:

أحدها: أنه مخير[٨] بين أن يعجل ويأخذ، وبين أن يصبر إلى أن[٩] يحل فيأخذ؛ لأن مطالبته بالمال في الحال تجحف به؛ لإلزامه زيادة على ما لزم المشتري؛ فإن الأجل يقابله قسط من الثمن. وأخذه بثمن مؤجل يجحف بالمشتري؛ لاختلاف الذمم.

ولهذا إذا مات من عليه دين مؤجل؛ حكم بحلوله وعدم انتقاله إلى ذمة الورثة، وإن رضوا به مع إقرارهم[١٠] بالحلول.

وأخذه بسلعة تساوي الثمن خروج عن وضع الأخذ بالمثل والقيمة، فلما بطل ذلك تعين[١١] ما ذكرناه[١٢].

وهذا هو الجديد.

---

(١) في أ: رواه.
(٢) في أ: شرط.
(٣) في أ: يمنع.
(٤) في أ: العوضي.
(٥) في جـ: أن لم يستقر.
(٦) في أ: ذكرنا.
(٧) سقط في التنبيه.
(٨) في التنبيه: يخير.
(٩) في التنبيه: حتى.
(١٠) في أ: إضرارهم.
(١١) زاد في أ: معنى.
(١٢) في أ: ذكرنا.

قال: والثاني:[١] **يأخذه بثمن مؤجل**؛ لأنه الثمن، وقد قال[٢] ﷺ: «فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ[٣] فَهُوَ أَحَقُّ [بِهِ][٤]»[٥] أي بالثمن.

وهذا قوله في القديم، ونسبه الإمام إلى رواية حرملة.

وقال ابن الصباغ: إن الشيخ أبا حامد اختاره.

ومحله كما قال في «التتمة»: إذا لم يكن الشفيع معسرًا ولا مَطُولاً.

فإن كان، فليس له الأخذ.

وكذلك حكاه الإمام عن الشيخ أبي علي وأنه أقام الكفيل مقام الملاءة.

وحكى أن من الأصحاب من لم يشترط ملاءة الشفيع، ولا الإتيان بكفيل[٦]، وأحل الشفيع محل المشتري، واستبعده.

وعلى هذا القول إذا مات أحدهما حل عليه ولم يحل على الآخر.

قال: والثالث: **أنه يأخذه[٧] بسلعة تساوي الثمن**؛ لتعذر أخذه بثمن مؤجل أو حال [لما ذكرناه][٨]، فتعين هذا؛ لأنه أقرب إلى العدل، فعلى هذا إذا كان الثمن مائة إلى شهر أعطاه سلعة تساوي مائة إلى شهر، وهذا[٩] حكاه ابن سريج عن النص في كتاب الشروط.

وقال ابن الصباغ عن هذا [القول: إنه أضعف، يعني من الذي قبله، وبعضهم قال: إن هذا][١٠] القول من تخريج ابن سريج من قول الشافعي في كتاب الشروط: إنه يجوز بيع الدين.

وحكى مجلي أن الشيخ أبا حامد اختاره وغيره، فعلى هذا لو لم يتفق طلب الشفيع حتى حل الأجل[١١].

قال الإمام: وجب ألا يطالب[١٢] إلا بالسلعة المعدولة؛ لأن الاعتبار بقيمة عوض المبيع [حال البيع][١٣]؛ ألا ترى أنه لو باع بمتقوم يعتبر قيمة[١٤] يوم البيع.

---

(١) زاد في التنبيه: أنه.
(٢) زاد في أ: النبيَّ.
(٣) في أ: يؤديه.
(٤) سقط في أ.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) في أ: قليل.
(٧) في التنبيه: يأخذ.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: وهكذا.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: الأخذ.
(١٢) في جـ: ألا يبطل.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في أ: قيمته.

قال: **والأول أصح**؛ لما ذكرناه.

قال مجلي والرافعي: فعلى هذا إذا قلنا: إن حق الشفعة على الفور، فأخر الشفيع الطلب حتى حل الأجل فهل يبطل حقه؟ فيه وجهان: منهم من لم يبطله؛ إذ لا فائدة في طلبه، ومنهم من قال: إن أشهد لم يبطل، وإلا بطل؛ لأن التأخير قد يكون للزهد، وقد يكون لانقضاء(١) الأجل، فلا بد من تميُّز(٢).

قال: **والشفعة على الفور في قول**: [أي خيار طلب الشفعة على الفور، كما صرح به في «المهذب»، ووجهه قوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ]‌(٣) لِمَنْ وَاثَبَهَا»(٤). أي: بادر إليها، وروي [أنها](٥) «كَنَشْطَةِ العِقَالِ: إِنْ قُيِّدَتْ ثَبَتَتْ، وَإِنْ تُرِكَتْ فَاللَّومُ عَلَى مَنْ تَرَكَهَا»(٦) وهذا نصه في الجديد والإملاء(٧).

قال: **وإلى ثلاثة أيام في قول**: لأن التأبيد فيها يضر بالمشتري؛ لأنه لا يبقى على ثقة مما يبنيه ويحدثه، والفور يضر بالشفيع؛ لأنه لا يتمكن من معرفة الحظ والمصلحة: هل هو في الأخذ أو الترك. [فعلق](٨) على غاية حد القلة وبداية حد

---

(١) في أ: لانفصال. (٢) في أ: مميز. (٣) سقط في أ.

(٤) قال ابن الملقن في خلاصة البدر (٢/ ١٠٢): غريب ولم أر من ذكره من أهل العلم غير المطرزي في المغرب مفسرا له.
وقال الحافظ في التلخيص (٣/ ٥٧): ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي هكذا بلا إسناد.
وأخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/ ٨٣) من قول شريح، وذكره قاسم بن ثابت فى دلائله، كما في التلخيص.

(٥) سقط في جـ.

(٦) ذكره ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢/ ١٠٢) وقال: رواه ابن حزم كما نقله عبد الحق من رواية ابن عمر مرفوعا بلفظ «الشفعة كحل العقال فإن قيدها مكانها ثبت حقه وإلا فاللوم عليه» ولم أره في محلاه.
وهذا اللفظ المذكور أخرجه ابن ماجة (٤/ ١٢٦) برقم (٢٥٠٠) كتاب الشفعة، باب: طلب الشفعة برقم (٢٥٠٠)، والبيهقي (٦/ ١٠٨)، وضعفه الألباني في ضعيف ابن ماجة (٥٤٢).

(٧) قوله: والشفعة على الفور في قول؛ لقوله ﷺ: «الشفعة لمن واثبها»، أي: بادر.
وروي: «كنشطة العقال: إن قيّدت ثبتت، وإن تركت فاللوم على من تركها». انتهى.
النشطة: بنون مفتوحة، ثم شين معجمة ساكنة، وطاء مهملة.
قال ابن فارس وغيره: الأُنشوطة تنحل إذا مد طرفاها، تقول: نَشَطْتُ - بلا همز - إذا أردت العقد، فإن أردت الحل.
قلت: أنشطت - بالهمز - ومنه في خبر الرقيا: «كأنما أُنْشِطَ من عقال». [أ و].

(٨) سقط في جـ.

الكثرة، وهذا ما قاله في السير التي يرويها الطحاوي عن المزني كما نقل البندنيجي[١].

وفي «الذخائر»: أنه مذكور[٢] في سير حرملة.

قال الماوردي: وعلى هذا لو حصل في خلال الثلاثة أيام زمانٌ تتعذر فيه المطالبة؛ لم يحسب به منها، بل لا بد من ثلاثة أيام يتمكن في جميعها من المطالبة.

ولو عرَّض بإسقاط[٣] الشفعة فيها؛ سقطت كما حكاه الإمام، ثم قال: ولا يبعد [على][٤] قولٍ اشتراط التصريح بما يسقط الشفعة، كما سنذكره من بعد تفريعًا على القول الثالث.

ولهذا القول الذي ذكره الشيخ نظائر[٥] في مسائل: قتل المرتد، وتارك الصلاة، وطلاق المُولى، وفي العُنة، ونفي الولد باللعان، وفسخ الزوجة بإعسار الزوج، وخيار الأمة إذا عُتِقَتْ.

قال: **وعلى التأبيد في قول، وإلى أن يصرح بالإسقاط**؛ لقوله ﷺ في حديث جابر الذي حكيناه عن رواية مسلم [في صدر الباب: فَإِنْ أبى فَشَريكُهُ أَحَقُّ به حَتَّى يُؤْذِنهُ[٦]»[٧]، فكان على عموم الأوقات ما لم يسقطه][٨].

ولأنه خيار لا ضرر على المستحق عليه في تأخيره، فكان على التراخي كخيار القصاص، وهذا ما قاله في القديم، فعلى هذا ليس للقاضي أن يقطع خياره إذا رفع إليه؛ لأن الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق كالدين، قاله الماوردي.

وإذا أخذ الشفيع الشقص بعد أن عمر فيه المشتري، أو أحدث فيه شيئًا، أخذ ما أحدثه بقيمته وقت الأخذ، قاله القاضي أبو الطيب.

قال: **أو يعرض[٩] بأن يقول: بعني، أو بكم اشتريت - في قول**؛ لاشتراك التعريض[١٠] والتصريح في المقصود بالعفو[١١] ومن جملة التعريض[١٢] طلب القسمة والعمارة واستئجاره منه ومساقاته عليه.

---

(١) في جـ: المزني.
(٢) في أ: منقول.
(٣) في أ: بإبطال.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: نظير.
(٦) في أ: يؤديه.
(٧) تقدم تخريجه.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ: يعوض.
(١٠) في جـ: التعويض.
(١١) في أ، جـ: العقود.
(١٢) في جـ: التعويض.

وحكى الإمام عن [صاحب][(١)] التقريب تفريعًا على هذا القول: إن المساومة ليست مبطلة؛ فإن [الشفيع قد يبغي الشراء][(٢)] استرخاصًا.

وحكى الماوردي قولاً ثالثًا على قولنا بأن الشفعة على][(٣)] التأبيد أنها تسقط بأحد أمور ثلاثة: بالعفو الصريح، [أو][(٤)] بما يدل عليه من التعريض[(٥)]، [أو][(٦)] بأن يحاكمه المشتري إلى القاضي فيلزمه الأخذ أو الترك، فإن أخذ، وإلا حكم عليه بإبطال الشفعة.

وحكى مجلي عن بعضهم طريقة قاطعة: بأن للمشتري الرفع إلى الحاكم وإجباره على الأخذ أو الترك.

وحكى صاحب «التقريب» قولاً رابعًا في أصل المسألة، أنها تختلف باختلاف المطلوب ومقدار الثمن، فيدوم الطلب إلى حد لا يعد الشفيع فيها[(٧)] مقصرًا [بل متروِّيًا][(٨)].

قال: **والصحيح**: **أنه** - أي: الخيار - **على الفور** لما تقدم، وأخر ذكر الصحيح؛ ليقع عليه التفريع. والجواب عن قولهم: إن في الفور ضررًا على أحدهما وفي التراخي ضررًا على الآخر - أنه يبطل بخيار الرد بالعيب.

وعن الحديث: أنه عام مخصوص بما ذكرناه من الأحاديث.

وعن قياسهم على خيار القصاص: [منع][(٩)] كون التأخير لا ضرر فيه على المشتري؛ لأنه إذا عمر شيئًا أخذه بقيمته [وقد تكون قيمته أقل من ثمنه][(١٠)]، وقد يكون [له غرض][(١١)] في أعيان أمواله، وذلك ضرر ظاهر.

والمراد بالفور: حال اطلاع الشفيع على البيع عند بعض الأصحاب كما في العيب[(١٢)]، وهو المتبادر إلى الفهم من إطلاق الأئمة وميل النص إليه.

ومن ألفاظ الشافعي في ذلك: أنه إن علم فطلب [مكانه فهو له][(١٣)]، والمذهب على ما حكاه البندنيجي: أن له الخيار في الطلب وتركه ما لم يفارق مجلس البلاغ كخيار المتبايعين.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: بالشري.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: التعويض.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: فيه.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في أ: غرضه.
(١٢) في جـ: الغصب.
(١٣) في أ: فله.

والمراد بالطلب: طلب المشتري بالشفعة [ويقوم مقامه طلب الحاكم ليطلب الشفعة][١] بحضرته، ولا يقوم مقام واحد منهما في[٢] القدرة عليه؛ للإشهاد على الطلب، كما صرح به الأئمة هنا[٣].

وقد حكينا في باب الرد بالعيب وجهًا أنه يقوم مقام طلب الحاكم.

وحكى مجلي عن الشيخ أبي حامد: أن الشفيع متى قدر على مطالبة المشتري فرفع الأمر إلى الحاكم؛ بطلت[٤] شفعته.

وليس عليه في السير [إلى الطلب][٥] إرهاق ولا عجلة على خلاف المعتاد، بل يمشي على عادته ولا يكلف بسوق دابته.

وإذا علم بالشراء[٦] ليلاً ولم يمكنه السير [فيه][٧] أخر إلى [أن يصبح][٨] وإن علم [بها][٩] نهارًا فله أن يؤخر إلى أن يلبس ثيابه[١٠] ويجمع ماله ويغلق بابه، وإن كان في أكل فحتى يفرغ منه ويتنظف.

وإن كان في حمام فحتى يفرغ حاجته. وإن كان في صلاة فحتى يتمها، وكذا لو حضر وقت الصلاة، فله التأخير حتى يؤذن ويقيم ويصلي الفريضة وسننها، كما صرح به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ.

وحكى الإمام عن بعض الأصحاب أنه قال: يجب قطع ذلك سوى الفريضة، وأنه أشار إليه القاضي يعني الحسين.

وعلى الأول لا يفتقر إلى الإشهاد على الطلب على ظاهر المذهب وإن أمكن.

وقيل: باعتباره عند الإمكان.

قال: وإن[١١] **طلب وأعوزه الثمن بطلت شفعته**؛ لأن تأخير الثمن يضر بالمشتري، والضرر لا يُزال بالضرر.

وصورة ذلك، كما حكاه الماوردي: أن يبادر بالطلب ويقول: أنظروني بالثمن، فإن للحاكم أن يُنْظِرَه يومًا ويومين، وأكثره ثلاثة أيام، فإذا لم يحضره في المدة التي أنظره الحاكم إليها؛ بطلت شفعته، وإن أحضره في المدة استمر على حقه

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: مع.
(٣) في أ: هاهنا.
(٤) في أ: بطلب.
(٥) في أ: للطلب.
(٦) في أ: بالشري.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: الصباح.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: ثوبه.
(١١) في التنبيه: فإن.

وسنذكر ما قيل في كيفية تملكه.

وإنما أنظرناه هذه المدة؛ لأن تحصيل الثمن في الحال يتعذر في الغالب، فاعتباره يؤدي إلى إسقاط الشفعة والإضرار بالشفيع.

وحكى الإمام عن الأصحاب أنهم عبروا عن النسخة التي أشرنا إليها في التأدية(١) بأن قالوا: كل اشتغال لا يوجب حبس من عليه الحق في الديون، فهو محتمل فيما نحن فيه، وكل اشتغال يجر تطويلًا يسوغ لصاحب الحق استدعاء الحبس معه؛ فهو غير محتمل فيما نحن فيه.

لكن هل يبطل الحق بمجرد ذلك، أم لا بد من إبطال القاضي؟ فيه خلاف للأصحاب.

ثم هل نقول عند اطرادِ العسرة(٢) إن الشفعة لم تثبت أصلا، أو نقول: ثبتت ثم سقطت؟ فيه خلاف بين الأصحاب أيضًا [كما](٣) حكاه الإمام، وعلى الثاني كلام الشيخ.

فرع: لو قال الشفيع: عندي عقار وأنا أظهره وأحصل الثمن منه فهل ينظر إلى بيعه؟ قال الإمام: إن كان عقارًا لا يطلب مثله فلا تعلق(٤) به.

وإن كان [عقارًا](٥) يطلب مثله ولكن تباطأ انتظام بيعه، فهذا مما لو فرض(٦) في الديون لا يستحق صاحب الدين طلب الحبس(٧) إلى اتفاق البيع.

وهل يبطل(٨) حق الشفيع في مثل هذا المقام.

والضياع المعروض معروف؟ فيه احتمال عندنا.

قال: وإن(٩) **أخَّر الطلب** [أي](١٠) من غير عذر على(١١) الفور **بطلت شفعته**؛ [للحديث](١٢) ومن جملة الأعذار غير ما ذكره الشيخ: عدم علمه بالمشتري(١٣) ولا قدر الحصة المبيعة، وكذا قدر الثمن، وجنسه، كما صرح به القاضي الحسين والفوراني، ووافقهما في كون الجهل بقدر الثمن عذرًا في ترك الطلب: الطبري،

---

(١) في أ: البادية.
(٢) زاد في أ: ونبين.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: يعلق.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: قبض.
(٧) في أ: الحق.
(٨) زاد في أ: في.
(٩) في أ: فإن.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في ب، جـ: عن.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) في جـ: بالشراء.

وزاد فقال: لو عفا صريحًا قبل معرفته كم الثمن لم تسقط شفعته.

وفي «الإشراف» ما يقتضي ذلك وزيادة فإنه قال: إذا لم يعرف الشفيع الثمن سعى في طلب المشتري ليعرف(١) منه الثمن ثم يقول: تملكته عليك بالثمن المعلوم.

ولا يجوز أن يتوانى في طلب المشتري، ليعرف(٢) منه الثمن، وهو معنى قول أصحابنا: إن الطلب [على الفور.

وقال الرافعي: إنهم لم يشترطوا في الطلب أن يكون الثمن](٣) معلومًا للشفيع.

وهل يكون الجهل بكون الشفعة على الفور [عذرًا](٤)؟ فيه وجهان مخرجان من الخلاف المذكور في جهل المعتقة(٥) بأن(٦) خيارها على الفور، هل يبطل حقها(٧) أم لا [كما](٨) صرح به [في](٩) «البحر»؟

وفي «النهاية» الجزم بأنه إذا كان حاله يليق به أن يجهل هذا أنه يعذر.

وكذا الخلاف في أن الجهل بثبوت أصل حق الشفعة مع العلم بالبيع، هل يكون عذرًا أم لا؟ صرح به الشاشي في الحلية.

ولو كان على النخل المأخوذ مع الأرض بالشفعة طلع غير مأخوذ(١٠) بالشفعة فهل(١١) يكون تأخيره(١٢) إلى جذاذه عذرًا أم لا؟ فيه وجهان في «النهاية» ولا نزاع في أن التأخير إلى حصاد ما في الأرض من زرع(١٣) عذرٌ.

فرع: لو عفا الشفيع قبل العلم بالمشتري أو قدر الحصة، فهل يصح عفوه؟ قياس ما ذكرناه عن الطبري في العفو قبل العلم بقدر الثمن: عدم الصحة.

وهو ما جزم به الفوراني.

وفي «التتمة» حكاية خلاف فيه، وبناه في الأولى على الخلاف فيما إذا قال لغريميه: أبرأت أحدكما، ومقتضاه أن يكون الصحيح الصحة، وكذا صرح به في «البحر»، وبناه في الثانية على(١٤) الإبراء من الحقوق المجهولة هل يصح أم لا؟

---

(١) في جـ: ليتعرف.
(٢) في جـ: ليتعرف.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: المنفعة.
(٦) في أ: أن.
(٧) في أ: خيارها.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: مأبور.
(١١) في أ: هل.
(١٢) في أ: التأخير.
(١٣) في أ: الزرع.
(١٤) زاد في أ: أن.

قال: **وإن قال: بعني، أو كم الثمن، بطلت شفعته** يعني: أن الشفيع لما بلغه البيع بادر إلى طلب المشتري[١]، فلما لقيه بادره[٢] بقوله له: بِعْنِي، أو كم الثمن.

ووجه إبطال الشفعة في الأولى: أنه عدل عن المطالبة بالشفعة إلى أن يتملك بجهة أخرى. وذلك يدل على الإعراض.

وفي ابن يونس حكاية وجه عن المراوزة: أن الشفعة لا تبطل بذلك، ولم أقف عليه فيما وقفت عليه من كتبهم إلا على قولنا: إن الشفعة على التأبيد[٣].

ووجه إبطال الشفعة في الثانية: ما حكي عن الشيخ أبي حامد، والمحاملي، وقاله القاضي «الحسين»[٤] في تعليقه أيضًا أنه كان يمكنه أن يقول عوض ذلك: أخذت بالثمن الذي ابتعت[٥] به، فلما لم يقل ذلك، كان تاركًا لطلب الشفعة مع القدرة عليه؛ فبطلت الشفعة.

قال في «البحر» وهذا على قولنا: [إنه][٦] لا يتقدر الأخذ بالمجلس: يشير إلى خلاف سنذكره في أن الشفيع إذا ترك الطلب أو عفا صريحًا: هل يكون له الطلب ما دام في المجلس أم لا؟

واعلم أن ما حكيناه عن الشيخ أبي حامد وغيره، يفهم أن الأخذ يجوز بالثمن المجهول، وهو مخالف لما يفهم من اللفظ الذي حكيناه من قبل.

ولما صرح به الرافعي، وصاحب «المرشد» من أن الأخذ بالثمن المجهول لا يجوز.

وحينئذ[٧] فيجتمع من مفهوم[٨] ما حكيناه عن الشيخ أبي حامد وغيره خلاف في جواز الأخذ بالثمن المجهول، وقد قال الرافعي: ينبغي أن يكون في صحة التملك مع كون الثمن مجهولاً ما ذكرناه في بيع المرابحة.

---

(١) في أ: الشفعة. (٢) في أ: بادر.

(٣) قوله: وفي «ابن يونس» حكاية وجه عن المراوزة: أن الشفعة لا تبطل بذلك، أي بقوله. بعني: ولم أقف عليه فيما وقفت عليه من كتبهم إلا على قولنا: إن الشفعة على التأبيد. انتهى.
وما اقتضاه كلامه من إنكار هذا الوجه؛ تفريعا على الفور - غريب؛ فقد صرح به الإمام في «النهاية» نقلا عن رواية صاحب «التقريب»، وحكاه المصنف عنه في «المطلب»، وعلله بأنه قد يقصد أخذه رخيصا، وأيضا: فقد يقصد بذلك تطييب نفسه وعدم القهر. [أ و].

(٤) في جـ: أبو الطيب. (٥) في أ: أبعت. (٦) سقط في أ.

(٧) زاد في أ: لما يفهم من اللفظ الذي حكيناه.

(٨) في أ: مجموع.

وادعى أن في «التتمة» إشارة إليه.

ويقتضي هذا أن يكون في المسألة ثلاثة أوجه كما هي ثَمَّ:

أحدها: عدم الصحة مطلقًا.

والثاني: الصحة مطلقًا؛ لبناء العقد الثاني على الأول.

والثالث: إن علمه[١] في المجلس نفذ، وإن تفرقا قبل البيان بطل العقد؛ لأن المجلس جعل في الشرع كحالة المقاولة.

والذي رأيته في «التتمة» هاهنا الجزم بأنه إذا لم يطلع على الثمن في مجلس [الأخذ لم يصح، وإن اطلع عليه في المجلس][٢] انبنى على مسألة المرابحة.

وهذا الذي قاله متضح إذا قلنا بثبوت خيار المجلس في الأخذ بالشفعة كما سنذكره.

فإن قيل: لم لا يحمَل ما قاله [الشيخ][٣] أبو حامد ومن تابعه على ما إذا كان الشفيع عالمًا بقدر الثمن وأراد أن يستنطق المشتري؛ ليكون قوله حجة عليه إن وقع اختلاف في قدر الثمن؛ [إذ به يقع الجمع بين النقلين][٤]، ويؤيده أمران:

أحدهما: أن البندنيجي - وهو أحد المتلقين[٥] عن الشيخ أبي حامد - وابن الصباغ- وهو من أجلاء أصحاب القاضي أبي الطيب - جزما بعدم [جواز][٦] الأخذ بالثمن المجهول، ولم يحكيا عنهما شيئًا من ذلك؛ [مع محافظتهما][٧] على نقل كلامهما.

والثاني: أن الروياني [في «البحر»][٨] جزم بأن الأخذ بالثمن المجهول [لا يمتنع][٩]، وأن التأخير لمعرفته لا يسقط الشفعة.

وقال بعده بأسطر مثل قول الشيخ أبي حامد ومن تابعه، فلولا أنه محمول على ما ذكرناه لكانت مناقضة ظاهرة؟

قلت: يمنع [من][١٠] ذلك أن الإمام أفهمُ بكلام الأصحاب منَّا، وقد حُكي عن العراقيين: أنه لو انتهى إلى المشتري، وقال: بكم اشتريت الشقص، بطل حقه.

وقال: قياس المراوزة في ذلك: [إنه][١١] لا يبطل؛ فإنه معذور في [البحث][١٢] من جهة أنه ربما يطالب بالشفعة إذا كان الثمن مقدرًا عنده، ولا

---

(١) في أ: عليه.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: المقلين.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: لمحافظتهما.
(٨) سقط في أ.
(٩) في جـ: ممتنع.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في جـ: البحر.

يطلبها إذا كان أكثر منه.

ثم قال: ولا شك أن هذا يفرض فيه إذا لم يكن عالمًا مقدار[١] الثمن من جهة أخرى.

ولا يمتنع أن يقال: إن كان عالمًا يُعذر في البحث، ويحمل الأمر فيه على إقرار المشتري. انتهى.

وهذا ينفي أن يكون ما قاله الشيخ أبو حامد محمولاً على حالة العلم.

وقد جعل الغزالي ما أبداه من قياس[٢] المراوزة مذهبًا له[٣] وطرده في حالة العلم والجهل.

وكلام القاضي الحسين يدل على خلافه فإنه قال: إذا قال: بكم الثمن؟

وقال أصحابنا: بطل حقه؛ لأنه لم يبادر إلى الطلب مع الإمكان.

والذي عندي أنه لا يبطل؛ لما بينا أن الجهل بقدر الثمن وجنسه يسوغ له التأخير. وحكى الإمام ذلك في آخر الباب عنه[٤] وعنهم.

ولا خلاف عند العراقيين أن الشفيع لو ابتدأ المشتري عند لقياه[٥] بتحية السلام لم تبطل شفعته، بل ذلك مستحبٌّ؛ لقوله - ﷺ-: «مَنْ بَدَأَ بِالكَلامِ قَبْلَ السَّلامِ فَلاَ تُجِيبُوه»[٦].

وكذا لو قال[٧]: بارك الله في صفقة يمينك [كما قال في «المهذب»، أو بارك الله لك في صفقة يمينك][٨]، كما قاله ابن الصباغ، وأبو الطيب، والبندنيجي،

---

(١) في أ: مقدر. (٢) زاد في أ: مذهب. (٣) في أ: لهم.

(٤) في أ: عنهم. (٥) في أ: لقائه.

(٦) أخرجه الطبراني في الأوسط (١/ ١٣٦) بلفظ «من بدأ بالسؤال قبل السلام فلا تجيبوه»، وذكره الهيثمي في المجمع (٨/ ٣٢) وعزاه له وقال: وفيه هارون بن محمد أبو الطيب وهو كذاب.
وأخرجه ابن عدي فى الكامل (٥/ ٢٩١) فى ترجمة عبد العزيز بن أبى رواد، وابن السني فى عمل اليوم والليلة (٢١٤)، وأبو نعيم فى الحلية (٨/ ١٩٩) من طرق عن عبد العزيز بن أبى رواد عن نافع عن ابن عمر ... فذكره، ولفظ ابن عدي «السلام قبل الكلام فمن بدأكم بالسؤال قبل السلام فلا تجيبوه»
ونقل ابن أبى حاتم فى العلل (٢/ ٣٣١) عن أبى زرعة قال: هذا حديث ليس له أصل، لم يسمع بقية هذا الحديث من عبد العزيز إنما هو عن أهل حمص وأهل حمص لا يميزون هذا.
وقال ابن عدي: ولعبد العزيز بن أبي رواد غير حديث وفى بعض رواياته، لا يتابع عليه.

(٧) زاد في أ: له. (٨) سقط في أ.

والماوردي؛ لأن وصوله إلى الثمن من الشفيع بركة في صفقته.

وألحق المتولي بذلك ما لو قال: بلغني أنك اشتريت نصيب[(١)] شريكي، بارك الله لك في صفقة يمينك.

واستحسن الإمام ما قالوه في السلام، وقال: إنه خارج على ما ذهب إليه المحققون من أنا لا نشترط قطع الأشغال التي يكون الشفيع ملابسها[(٢)] عند بلوغ الخبر وأما [من أبعد][(٣)] من أصحابنا باشتراط قطعها؛ فلا يبعد أن يشترط الابتداء بطلب الشفعة.

وقال: قياس المراوزة في الدعاء خلاف ما قالوه، فإن قوله: بارك الله لك، يشعر بتقرير الشقص في يده.

والمذكور في تعليق القاضي [الحسين][(٤)] ما حكيته[(٥)] عن العراقيين.

فرع: ضمنه مسائل نحتاج إلى ذكرها:

إذا ابتدر[(٦)] الشفيع الطلب عند لقيا المشتري، ثم أمسك بعد الطلب من غير تعريض ولا تصريح.

قال القاضي الحسين، والماوردي: بطلت شفعته حتى يكون مستديمًا للطلب بحسب الإمكان.

وهذا منهما يدل على أن حقيقة الطلب غير حقيقة الملك، وهو ما يفهمه كلام الرافعي حيث قال: اعتبر الأصحاب في التمليك أن يكون الثمن معلومًا للشفيع ولم يشترطوا ذلك في الطلب، وقد صرح بذلك الماوردي حيث قال: الشفعة تجب بالبيع، وتستحق بالطلب، وتملك بالأخذ، وذلك [يدل][(٧)] على التغاير، وكلام الشيخ أبي حامد ومن تابعه الذي حكيناه في تعليل بطلان الشفعة بقوله: بكم اشتريت. يدل على أن المراد بالطلب نفس الأخذ حيث قالوا: لما لم يقل: أخذت بالثمن - كان تاركًا لطلب الشفعة مع القدرة عليه، وكلام الشيخ يحتمل الأمرين.

وعلى كل احتمال فإن قيل: اعتبار العراقيين مبادرة الشفيع إلى طلب المشتري، أو الحاكم على الفور إذا لم يكن ثم عذر، وجعل الشفيع معذورًا في تأخير الطلب إذا اطلع ليلاً إلى الصباح، أو قضى[(٨)] ما هو فيه من شغل كما ذكرتموه

---

(١) في جـ: نصف.
(٢) في جـ: ملابسًا لها.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ: ذكرته.
(٦) في أ: ابتدأ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: مضى.

- مشكل؛ لأن تمليك[١] الشقص بالشفعة لا يفتقر باتفاق [أهل][٢] الطريقين إلى حضرة الحاكم؛ لأنه ثابت بالنص، ولا إلى رضا المشتري، ولا إلى حضوره كما حكاه ابن الصباغ وغيره؛ لأن من لا يعتبر رضاه[٣] لا يعتبر حضوره كالزوجة إذا طلقها الزوج.

وفي «الإشراف» وغيره: أن الشيخ أبا سهل الصعلوكي قال: الطلب من باب الإضافة يستدعي مطلوبًا، ولا معنى لإظهار الشفيع الطلب إلا في وجه المشتري أو وكيله أو البائع إن كان الاستشفاع منه[٤] ولا يفتقر[٥] التملك عند العراقيين إلى بذل الثمن، كما دل عليه كلام ابن الصباغ حيث قال: إذا أخذ الشفيع الشقص وجب عليه الثمن ولا[٦] يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن، فإن كان الثمن موجودًا سلمه، وإن لم يقدر عليه في الحال؛ أجلناه ثلاثًا[٧]، فإن أحضره وإلا فسخ الحاكم عليه الأخذ ورده [إلى][٨] المشتري ونسب البندنيجي هذا القول لابن سريج.

وقال الشيخ أبو حامد: هكذا الحكم فيما لو هرب الشفيع بعد الأخذ؛ جاز للحاكم فسخ الأخذ ورده للمشتري وصرح به في «الإشراف» و«التتمة»، وكذا[٩] في تعليق البندنيجي حيث قال: إذا قال اخترت التمليك، انتقل المبيع إلى الشفيع ووجب عليه الثمن بغير اختيار المشتري.

ولفظ الشيخ في المهذب أنه يملك الشقص بالأخذ؛ لأنه تمليك [مال][١٠] ثابت له بالقهر، فوقع الملك له فيه بالأخذ؛ كتملك المباحات، وإذا كان التمليك لا يفتقر إلى ذلك، فهو قادر حين اطلاعه [على الشراء على التمليك][١١] فإذا لم يفعله وجب أن يعدَّ مقصرًا؛ لأنه اشتغل عن المقصود بغيره.

وإذا تملك عقيب الاطلاع، وأشهد خشية ألا يصدَّق في دعواه التملك[١٢]

(١) في أ: تملك.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: معناه.
(٤) في أ: عنه.
(٥) زاد في أ: إلى.
(٦) في أ: لم.
(٧) في جـ: ثانيًا.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في أ: وكذلك.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في جـ: التمليك.

على الفور، وترك مطالبة المشتري بانتزاع الشقص من يده[١] لا يعد مقصرًا؛ لأن التملك بعقود المعاوضات ليس من شرطه تقابض العوضين، نعم ذلك شرط فيما يحذر فيه الربا.

فإذا كان في الشقص صفائح من ذهب وقد أبيع بفضة، اشترط فيه التقابض؛ حذرًا[٢] من ذلك.

قلت: أما كون الشفيع إذا تملك وجب[٣] أن يقال: لا يعد مقصرًا بترك مطالبة المشتري [بقبض الشقص][٤]؛ ففي كلام البندنيجي ما يقتضيه فإنه [قال][٥]: إذا قال: اخترت التملك انتقل المبيع إليه ووجب الثمن عليه بغير اختيار المشتري.

فإذا عرف هذا الفصل فقد استغنى عن أن يكون على الفور أو على التراخي؛ لأنه إذا ملك نقل المبيع إلى ملكه بغير اختيار المشتري، فقد بلغ مراده، وكان الخيار إليه.

وأما اعتبار التملك عقيب الاطلاع حتى إنه إذا لم يفعله، واشتغل بطلب المشتري ينبغي أن يعد مقصرًا، فقد استشعره صاحب «الإشراف» وأجاب[٦] في أثناء كلامه عنه في حالة كون الشفيع جاهلاً بقدر الثمن، بأن التملك ممتنع والطلب لأجل معرفة قدر الثمن حتى يتعقبه التملك.

وفي حالة العلم بمقدار الثمن وقدرته على التملك جعل جوابه مبنيًّا على أصل بعد العهد به، وهو أن المشتري إذا اطلع على عيب بالمبيع ولا أحد حاضر معه، هل يجب عليه أن يقول: فسخت العقد أم لا؟

وحكي فيه عن القاضي الحسين أنه قال بالوجوب؛ إذ الثابت على الفور كلمة الرد والفسخ، وهي لا تنحبس على الرد الفاسخ بعذر.

وعن القفال المروزي أن المشتري لو أخَّر الرد إلى الرفع إلى الحاكم جاز، وأن الاشتغال بالرفع إلى الحاكم كالاشتغال بنفس الرد.

والحكمة فيه أنه أراد أن يرد ردًّا خارجًا عن الخلاف؛ إذ على قول بعض العلماء لا بد من رضا المردود عليه أو حكم الحاكم.

ثم قال: والاستشفاع بمنزلة الرد بالعيب.

---

(١) في أ: عنده.
(٢) في أ: حذارًا.
(٣) في أ: يجب.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: وأجاز.

فنقول: الشفيع على رأي القاضي في أي حال كان يملك الربع[(١)] بالشفعة.

ثم إن حضره شاهدان فقد تحملا الشهادة عليه، وإلا إذا ظفر بهما أشهدهما عليه؛ ليخرج من الخلاف، يعني خلاف أبي حنيفة، فإنه يعتبر حضور المشتري، أو حكم الحاكم، كما حكاه عند الرافعي، أو رضا المشتري أو حكم الحاكم، كما حكاه ابن الصباغ.

ثم قال صاحب «الإشراف»: [وعلى ذلك يخرج ما قاله الأصحاب في تفسير الأعذار][(٢)]، وعلى ذلك يتخرج أيضًا.

أما الذي على الفور فيجيء فيه جوابان، وما قاله في حالة عدم العلم بالثمن حسن بالغ، وما قاله في حالة العلم فهو الممكن في الجواب، ويجعل كأن العراقيين صاروا إلى ما صار إليه القفال من التعليل؛ وهذا مع [تسليم][(٣)] ما نقل عنهم في عدم اعتبار ما ذكرناه، وإلا فقد حكي في «الإشراف» أيضًا في فصل كيفية الحكم وما يختص [به القاضي][(٤)] أن التملك[(٥)] لا يحصل إلا ببذل الثمن [على وجه، وعلى وجه][(٦)] لبعض أصحابنا أنه لا يحصل إلا ببذل الثمن وقضاء القاضي.

وكلام الماوردي يقتضي أنه لا يحصل له الملك إلا ببذل الثمن، فإنه قال: لو قال من بادر بالطلب: أنظروني بالثمن واحكموا لي بالملك [حتى أحضر الثمن][(٧)] - لم يجز أن يحكم له بالملك حتى يكون حاضرًا، فلو أحضر رهنًا بالثمن أو عوضًا عنه، لم يجز أن يحكم له بالملك.

وعلى هذا يندفع السؤال، فإن البذل لا يتم إلا بقابض، والقابض إما المشتري أو وكيله أو الحاكم، فيتعين طلبه لعدم القدرة على الملك بدونه. والله أعلم.

فإن قيل: هل يتوجه إيراد هذا السؤال على المراوزة؟

قلت: لا.

وذلك يظهر لك إذا عرفت ما ذكروه فيما يحصل به الملك، فأذكره وإن طال لما فيه من فوائد.

---

(١) في جـ: الرفع.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: بالقاضي.
(٥) في جـ: الملك.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في جـ.

وقد قالوا: لا بد من لفظ دال على الرضا، إذا لم يكتف بالمعاطاة، وإن أفهم لفظ «الوسيط» و«البحر» عدمه.

ثم اللفظ الدال قوله: تملكت، أو اخترت الأخذ بالشفعة، أو أخذت الشقص بالشفعة، وما أشبه ذلك؛ ولا يحصل بنفس الطلب كما صرح به المتولي.

ووجهه: بأن المطالبة رغبة في التملك، والملك لا يحصل بالرغبة المجردة.

وهذا قضية ما حكيته عن(١) كلام الماوردي(٢) في صدر الفرع.

وحكى الرافعي عن أمالي السرخسي أن الطلب يكفي سببًا لثبوت الملك، ولا يقف على قوله: تملكت، وعليه ينطبق كلام [القاضي](٣) مجلي حيث جعل قوله: طلبت شفعتي لفظًا مملكًا؛ كقوله أخذت وهو مؤيد لما استنبطه من كلام أبي حامد أن المراد بالطلب نفس الأخذ.

والأظهر كما قاله الرافعي: الأول. ثم وجود اللفظ وحده [عندهم](٤) غير كاف في حصول الملك، وهو الذي استقر عليه جواب(٥) شيخهم القفال بعد أن كان يقول بحصوله بمجرد الأخذ، لكن بعده لا ينفذ تصرف المشتري في الشقص بالبيع وغيره، وإن كان يجوز قبله. كما حكاه القاضي الحسين عنه، وحكاه الإمام عن صاحب «التقريب».

ثم أبدى احتمالاً في جواز التصرف، وجعل الأظهر النفوذ إذا لم يحصل الملك.

وإذا وجد مع اللفظ تسليم الثمن إلى المشتري، فقد حصل الملك، فإن بذله فامتنع المشتري من قبضه، خلى بينه وبينه، أو رفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم.

فإن لم يوجد ذلك وسلم المشتري الشقص إلى الشفيع راضيًا بذمته؛ حصل الملك أيضًا.

وإن [وجد مجرد](٦) رضا المشتري بذمة الشفيع، ولم يسلم [له](٧) الشقص، أو لم يوجد ذلك، ورفع الشفيع الأمر إلى الحاكم(٨) وأثبت حقه في الشفعة لديه وحق طلبه، فقضى له [بحق الشفعة](٩) فوجهان:

---

(١) في أ، جـ: من.
(٢) في أ: الإمام.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ: كلام.
(٦) في أ: حصل.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: القاضي.
(٩) في أ: بالشفعة.

أصحهما في الرافعي: الحصول، وفي الوسيط الأظهر: عدم الحصول في الثانية، وفي الوجيز الأظهر: عدم الحصول فيهما.

ثم على الأول [لا يملك][١] تسليم الشقص ما لم يسلم الثمن، وإن قلنا: في البيع يبدأ بالبائع.

وخرجه الإمام في الصورة الأولى على الخلاف في البيع.

ولو[٢] عدم قضاء القاضي [ورضا][٣] المشتري، ووجد من[٤] الشفيع الإشهاد على الطلب واختيار الشفعة.

فإن قلنا: بعدم حصول الملك مع قضاء القاضي فهاهنا أولى.

وإن قلنا: بالحصول ثَم فهاهنا وجهان.

والفرق قوة قضاء القاضي.

ثم على القول بحصول الملك بقضاء القاضي أو الإشهاد، فإذا أخر الشفيع تأدية الثمن مقصرًا من غير عجز، فهل يحكم ببطلان ملكه بعد جريانه أم يحتاج في[٥] إبطاله إلى الرفع[٦] إلى الحاكم؟ فيه وجهان في «النهاية» و«البسيط».

واختار[٧] القاضي منهما الثاني. وسلك في الوسيط طريقًا آخر فقال: إذا قلنا بحصول الملك بذلك، فقصَّر في أداء الثمن، بطل ملكه، لكن بطريق التبين أم بطريق الانقطاع؟

فيه وجهان:

ثم قال: [هذا][٨] إذا رضي المشتري فإن أبى إلا أخذ الثمن، فهل يبقى خيار الشفيع إلى أن يسلم الثمن؟ فيه وجهان.

وقد حشا بعضهم على الوسيط فقال قوله: هذا إذا رضي المشتري [و][٩] لم يظهر معناه [ومعناه: أن الخلاف الذي ذكره في [أن][١٠] الملك [يبطل][١١] تبينًا أم انقطاعًا، شرطه طلب][١٢] المشتري ورضاه[١٣].

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: أو.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: مع.
(٥) في أ: إلى.
(٦) في أ: الشفيع.
(٧) في جـ: واختيار.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) في أ: أو رضاه.

أما إذا أبى ذلك فلا يبطل، لكن هل يكون للشفيع إبطاله ما لم يسلم الثمن؟ فيه الخلاف الذي ذكره[(١)].

والمذكور في «الإشراف» أن الامتناع[(٢)] من الأداء مع القدرة عليه هل يثبت [للمشتري][(٣)] فسخ الاستشفاع أو يتعين حبس الشفيع إلى الوفاء؟ فيه وجهان[(٤)].

فإذا عرفت ما قالوه فيما يحصل به الملك، تلخص لك منه وجهان:

أحدهما: لا يحصل إلا باللفظ وبذل الثمن أو تسليم الشقص، وعلى هذا لا بد من طلب المشتري؛ لأن القدرة على التملك لا تحصل بدونه أو نائبه، فلا يرد ما ذكرناه من السؤال.

والثاني: أنه لا يحصل إلا بذلك، أو باللفظ، وقضاء القاضي، أو الإشهاد، فيكون مخيرًا في طلب[(٥)] واحد منها[(٦)]، ومن سلك ما خير فيه لم يعد مقصرًا، نعم السؤال متوجه عليهم في الرد بالعيب.

فرع: إذا لقي الشفيع المشتري حين اطلع على الشراء[(٧)] في غير بلد الشقص المشفوع، فأخر الأخذ إلى حضورهما إلى بلد الشقص، بطل حقه لقدرته عليه، فلو أنكر[(٨)] المستري الملك وكانت بينته في بلد الشقص فأخر إلى الحضور إليها؛ لم يبطل حقه لأنه معذور.

ثم البينة المكتفى بها رجل وامرأتان، أو رجل مع يمينه، ويسمع فيها شهادة السيد لمكاتبه كما حكاه في «الزوائد» عن القاضي في «المجرد»، وحكاه الإمام عن شيخه وقال: أراه هفوة غير معتد بها، فإن شهادة السيد لمكاتبه لا تقبل.

ولا خلاف في أن البينة إذا [شهدت له][(٩)] بالملك ثبت حقه في الشفعة ولو شهدت له باليد دون المِلك فهل يثبت [له][(١٠)] حق الشفعة؟ فيه وجهان في الحاوي.

والذي دل عليه كلام الشيخ أبي حامد وغيره في كتاب الصلح الثبوت، فإن الرافعي حكى عنه ثَمَّ أنه قال: لو ادعى رجل على رجلين دارًا في يدهما، فأقر

---

(١) في أ: ذكروه.
(٢) في أ: الانتفاع.
(٣) سقط في جـ.
(٤) زاد في أ: أحدهما.
(٥) زاد في أ: كل.
(٦) في أ: منهما.
(٧) في أ: المشتري.
(٨) في جـ: أنكره.
(٩) في جـ: شهدت.
(١٠) زاد في في أ: له.

أحدهما وكذبه الآخر؛ ثبت له النصف بإقرار المصدق، فلو صالح المدعي المقر على مال، وأراد المنكر أخذه بالشفعة، فله ذلك إن ملكا في الظاهر بسببين مختلفين وكذا[(١)] إن ملكا بسبب واحد من إرث أو شراء على أحد الوجهين، وهو الذي جعله الرافعي في الصلح الأظهر؛ لحكمنا في الظاهر بصحة الصلح[(٢)] وانتقال الملك إلى المقَر [له][(٣)]، وإن كان الغزالي وإمامه جعلا الأصح عند اتحاد السبب عدم الأخذ، لزعم[(٤)] المكذب بأن الصلح ما صح.

ووجه دلالة هذا اللفظ [على][(٥)] ما ادعيته أن المصدق مكذب للمنكر في دعواه الملك مع ثبوت يده، وقد حكمنا بالملك له بسببها ومع هذا لم يكن ذلك مانعًا من ثبوت شفعته.

والذي صرح به المتولي، وابن الصباغ، وصاحب «الإشراف» هاهنا: عدم الثبوت، وهو الذي دل عليه كلام الرافعي في آخر الإيلاء حيث قال: لو وجدنا دارًا في يد اثنين، وادعى أحدهما أن جميعها له، والآخر أنها بينهما نصفين، وصدقنا الثاني بيمينه؛ لأن اليد تشهد له، ثم باع مدعي الكل نصيبه من ثالث، فأراد الآخر أخذه بالشفعة وأنكر المشتري ملكه، فإنه يحتاج إلى البينة، ويمينه في الخصومة مع الشريك أفادت دفع ما يدعيه الشريك لا إثبات [الملك][(٦)] [له][(٧)] [والله أعلم][(٨)].

قال: وإن قال: صالحني عن الشفعة على مال، أو أخذ الشقص بعوض مستحق، فقد قيل: تبطل، وقيل: لا تبطل.

هذا الفصل ينظم مسألتين:

صورة أولاهما: أن يقول الشفيع للمشتري: صالحني عن الشفعة على مال فيصالحه عليه، فهذا[(٩)] الصلح غير صحيح على المذهب؛ لأنه إسقاط خيار ثابت بالشرع لا يسقط إلى مال، فلم يجز أخذ العوض عنه؛ كخيار المجلس.

وفي «التتمة»: أنه حُكي عن ابن سريج جواز المصالحة عن حق الشفعة. والمشهور أن المجوز لذلك أبو إسحاق، وأنه جوز المصالحة أيضًا على مقاعد الأسواق وحد القذف.

---

(١) في أ: وكذلك.
(٢) في جـ: الشراء.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في أ: إن عم.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في أ.
(٩) زاد في أ: يبطل.

فعلى هذا[١] يجب رد المال، وهل تسقط الشفعة؟ فيه خلاف[٢].

ووجه السقوط: أن عدوله عن طلب الشفعة إلى العوض رضا بإسقاطها.

ووجه عدم السقوط: أنه إنما سمح[٣] بالترك طمعًا في العوض[٤] فإذا لم يسلم له رجع إلى حقه كما في البيوع الفاسدة.

وهذا الخلاف هو الخلاف [الذي تقدم][٥] في الرد بالعيب، ومحله إذا كان الشفيع جاهلاً بعدم صحة المصالحة، أما إذا كان عالمًا بطلت[٦] وجهًا واحدًا.

وصورة الثانية: أن يقول الشفيع: أخذت الشقص بالشفعة بهذه الدراهم ثم ظهرت مستحقة.

ووجه[٧] السقوط فيها: أنه أخذ الشفعة بما لا يملك فصار كأنه ترك الأخذ مع القدرة عليه، وهذا ما حكاه الشيخ أبو حامد والبغوي.

ووجه البقاء: أنه لم يقصر في الطلب والأخذ، والشفعة لا تستحق بمال معين حتى تبطل باستحقاقه.

وهذا ظاهر لفظ المزني، وبه قال أبو إسحاق وابن أبي هريرة واختاره كثير من الأصحاب ومنهم الغزالي.

ولو قال: أخذت الشقص بثمن في ذمتي، ثم دفع عنه [شيئًا][٨] مستحقًّا؛ لم تبطل وجهًا واحدًا إلا أن يعسر بالعوض، حكاه الماوردي.

وقيل بجريان الخلاف في هذه الحالة أيضًا.

وخروج الدراهم نحاسًا كخروجها مستحقة.

ولو خرجت معيبة فلا تبطل بها الشفعة.

وفيه وجه: أنها كما لو خرجت مستحقة.

ومحل الخلاف في الأصل كما حكاه الرافعي فيما[٩] إذا كان الشفيع عالمًا باستحقاق المأخوذ به.

أما إذا كان جاهلاً باستحقاقه؛ فلا تبطل وجهًا وحدًا.

لكن [هل][١٠] يتبين أنه لم يملك بأداء المستحق[١١] حتى يفتقر إلى تملك جديد أو نقول: إنه ملكه والثمن دين عليه؟

---

(١) في أ: المذهب.
(٢) في أ: الخلاف.
(٣) في أ: أبيح.
(٤) في جـ: بالعوض.
(٥) في أ: المتقدم، وزاد في جـ: ذكره.
(٦) في جـ: بطل حقه.
(٧) في جـ: وجه.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في أ: ما.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: الحق.

فيه وجهان حكاهما الإمام.

وقال مجلي: لا وجه لعدم السقوط مع علمه بالاستحقاق، وقولنا[(١)] الشفعة على الفور.

قال: **وإن بلغه الخبر وهو مريض**، أي مرضًا يمنعه [من][(٢)] السعي والمطالبة، **أو محبوس** أي: حبسًا لا يقدر على إزالته **ولم يقدر على التوكيل فهو على شفعته** لقيام عذره.

وظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا حاجة في هذه الحالة إلى الإشهاد، وهو قول أو وجه اختاره الشيخ أبو محمد.

وقيل: إنه يشترط إذا أمكن، فإذا لم يفعله سقطت شفعته، وهو ما صار إليه أكثر الأصحاب كما حكاه في «البحر»، والأظهر في الرافعي.

[فعلى هذا][(٣)] يعتبر أن تشهد بينة كاملة يقبل قولها عند الحاكم.

قال في «البحر»: ولا يكفي إشهاد عدل واحد ليحلف معه؛ لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين.

قلت: قد ذكر في باب الضمان والوكالة ما يمكن أن[(٤)] يخرج منه الاكتفاء به على رأى فيطلب منه.

وإذا لم يقدر على الإشهاد فلا يجب عليه أن يقول بينه وبين الله تعالى: أنا طالب بالشفعة، صرح به الإمام وفيه ما ذكرناه.

أما إذا قدر على التوكيل فلم يفعله[(٥)]؛ ففيه ثلاثة أوجه:

المذهب منها في «تعليق» أبي الطيب و«الشامل» و«التتمة»: أنها تسقط.

وبعضهم حكاه عن القاضي[(٦)] أبي حامد.

والثاني: لا [لأن التوكيل][(٧)] إن كان بعوض - لزمه غرم، وإن كان بغير عوض ففيه منة، وذلك ضرر، وأيضًا فقد يكون ألحن بحجته من وكيله.

وهذا ما اختاره أبو إسحاق كما حكاه في «البحر».

والثالث: إن وجد متطوعًا بها [فلم يفعل][(٨)] بطلت [شفعته][(٩)]، وإلا فلا؛ لأن المنة في ذلك يسيرة.

---

(١) في أ: بقولنا أن.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: ما.
(٥) في جـ: يفعل.
(٦) في جـ: الشيخ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.

أما إذا كان المرض لا يمنعه من المطالبة، كالصداع اليسير [ونحوه][(١)] أو كان يقدر على الخروج من الحبس، بأن كان معسرًا قادرًا على إقامة البينة على إعساره، أو كان مليئًا يقدر على وفاء ما اعتقل بسببه؛ فهو كالصحيح المطلق.

والخائف من العدو في هذا المعنى؛ كالمريض.

قال: **وإن بلغه [الخبر][(٢)] وهو غائب، فسار في طلبه وأشهد فهو على شفعته**[(٣)]؛ لشروعه في الطلب بقدر الإمكان.

وهكذا[(٤)] الحكم فيما لو لم يسر، لكنه وكل عقيب بلوغ الخبر وسار الوكيل، وليس عليه في السير إلى ذلك إرهاق ولا عجلة كما ذكرناه من قبل.

قال: **وإن لم يشهد** أي مع تيسر البينة؛ **ففيه قولان**: مأخذهما تقابل الأصلين: بقاء حق الشفعة وبقاء ملك المشتري، فإن الذي وجد من السير[(٥)] [كما][(٦)] يحتمل[(٧)] أن يكون للطلب يحتمل أن يكون لغيره، وقد صحح في «البحر» وغيره قول عدم السقوط؛ لأنه اعتمد بالظاهر أيضًا.

ولا نزاع في أن مقابله لا يجري فيما إذا وكل ولم يشهد؛ لأن التوكيل قائم مقامه.

فرع: حيث اعتبرنا الإشهاد فقال الشفيع: قد أشهدت وسرت، وقال المشتري لم يشهد[(٨)]. [أو قلنا][(٩)]: الإشهاد ليس بشرط، فقال الشفيع: سرت عقيب السماع، وقال المشتري لم يسر عقيبه مع الإمكان، فالقول قول الشفيع؛ لأنه اختلاف في فعله وهو أعلم [به][(١٠)].

وكذا[(١١)] لو اختلفا فقال [الشفيع][(١٢)] أخرته للعجز، وقال المشتري: بل مع القدرة، فالقول قول الشفيع، قاله في «البحر».

وقال الرافعي في هذه الحالة: إن وجد مع ذلك ما يدل عليه [فالقول قول الشفيع][(١٣)] وإلا فالقول قول المشتري.

قال: **وإن لم يقدر أن يسير** أي لخوف [في][(١٤)] الطريق أو لحر أو برد مفرط

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في التنبيه: الشفعة.
(٤) في جـ: وهذا.
(٥) في أ: المشتري.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: ويحتمل.
(٨) في أ: يشهدا.
(٩) في جـ: وقلنا.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: وكذلك.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) في أ: فالحكم كذلك.
(١٤) سقط في جـ.

أو لعدم النفقة كما قاله القاضي الحسين، ولا أن يوكل فهو على شفعته [أي][(١)] إلى أن يتمكن لإيضاح عذره.

والحكم في اعتبار الإشهاد والتوكيل مع القدرة عليه، وفي وجوب اختيار التملك في الباطن كما ذكرناه.

قال: وإن أخر وقال: أخرت لأني لم أصدق المخبر [أي][(٢)] بالبيع فإن كان المخبر صبيًّا أو امرأة أو عبدًا لم تبطل شفعته؛ لأن أقوال هؤلاء لا تثبت بيعًا.

ويلتحق[(٣)] بهم أخبار [الكفار والفساق][(٤)]. وهذا ما حكاه الشيخ أبو حامد والقاضيان أبو الطيب والحسين، وابن الصباغ.

وفي «المهذب» [حكاية][(٥)] قول أنها تسقط بإخبار المرأة والعبد تغليبًا لحكم[(٦)] الخبر لا لحكم[(٧)] الشهادة، وحكاه في «البحر» من تخريج القاضي الطبري، وهو في «الوجيز» و«الرافعي» الأظهر عند إخبار العبد[(٨)].

وعلى هذا يجيء في سقوطها بإخبار الصبي الذي لا عرامة [به][(٩)] وجه بناء على قبول روايته، وقد صرح به ابن يونس.

وفي الحاوي[(١٠)]: أنها تسقط بإخبار من يقع في قلبه صدقه ولو من كافر.

قال: وإن كان حرًّا عدلاً فقد قيل: هو على شفعته[(١١)] [إذ ليس][(١٢)] الشاهد الواحد ممن يثبت البيع وحده.

وقيل بطلت شفعته؛ لأنه حجة في الشرع عند اليمين، فأشبه ما لو أخبره عدلان أو رجل وامرأتان.

وهذا ما اختاره في «المرشد»، وجعله الغزالي الأظهر.

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ. (٣) في أ: ويلحق.
(٤) في أ: الكافر والفاسق. (٥) سقط في أ. (٦) في جـ: بحكم.
(٧) في جـ: بحكم.
(٨) قوله: وإن أخر، وقال: لم أصدق المخبر، وكان المخبر صبيا أو امرأة أو عبدا - لم تبطل شفعته.
ثم قال: وفي «المهذب» قول: أنها تسقط بإخبار العبد والمرأة؛ تغليبا لحكم الخبر لا لحكم الشهادة، وهو في «الوجيز» و«الرافعي» الأظهر عند إخبار العدل. انتهى كلامه.
وهو يوهم إيهاما ظاهرا أن الرافعي غاير بين المرأة والعبد، وأنه سلم عدم السقوط في إخبار المرأة، وليس كذلك؛ بل الصحيح فيهما معا عند الرافعي: سقوط الشفعة، فاعلمه. [أ و].
(٩) سقط في جـ. (١٠) في أ: النهاية.
(١١) في التنبيه: الشفعة. (١٢) في أ: لأن.

فرع: لو أخبره نسوة هل تسقط شفعته على قولنا: إن إخبار الواحدة لا يسقطها؟

قال المتولي: ذلك ينبني على أن المدعي إذا أقام امرأتين هل يقضي بيمينه معهما؟ إن قلنا لا: فهن(١) كالمرأة الواحدة.

وإن قلنا نعم: فكالعدل الواحد.

وهذا كله إذا لم يُبلغ الخبرَ حد التواتر.

أما إذا بلغ [حد التوتر](٢) وأخر - بطلت شفعته، وإن كان المخبرون فساقًا.

قال: **وإن دل في البيع** أي صار دلالاً في بيع الشقص **أو ضمن الثمن** أي في مدة الخيار **أو قال: اشتر ولا**(٣) **أطالبك** [بالشفعة](٤) **لم تسقط شفعته.**

أما في الأولى والثانية، فلأن ذلك سعي في تحصيل السبب المثبت للشفعة. فلا يكون(٥) مانعًا منها.

وأما في الثالثة: فقد ادعى في «البحر» الإجماع عليها وأنه لم يخالف(٦) فيها إلا عثمان البتي، ويشبه أن يكون متمسكًا بمفهوم(٧) الخبر، وهو قوله ﷺ: «فَإِذا(٨) بَاعَ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»(٩).

ولنا عليه أنه أسقط(١٠) الحق قبل ثبوته فلم يسقط، كما لو أبرأه من الدين قبل وجود سببه، وضمان الدرك وجعل الخيار المشروط للشفيع برضاه كضمان(١١) الثمن في عدم إسقاط الشفعة، صرح به الأصحاب وسنذكر شيئًا فيه.

قال: **وإن توكل**(١٢) **في شرائه لم تسقط شفعته** [لما ذكرناه.

وقيل: تسقط](١٣) لأنه رضي(١٤) له بالملك فألزم مقتضاه.

[قال الإمام](١٥): وكان شيخي في غالب ظني يطرده في ضمان الشفيع العهدة وضمان الثمن، وما ذكره إن كان ينقدح في ضمان العهدة فليس له ظهور في ضمان الثمن.

---

(١) في أ: فهو.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في التنبيه: فلا.
(٤) سقط في أ.
(٥) زاد في أ: ذلك.
(٦) في أ: يخالفه.
(٧) في أ: مفهوم.
(٨) في أ: فإن.
(٩) تقدم تخريجه.
(١٠) في أ: إسقاط.
(١١) في جـ: الضمان.
(١٢) في جـ: دلّ.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في أ: رضا.
(١٥) سقط في أ.

ولو اشترى الوصي ليتيم تحت نظره شقصًا له فيه شفعة، فهل له الأخذ بها؟
فيه وجهان في «الشامل»:
والمشهور منهما كما حكاه الرافعي الجواز، وإيراد صاحب «البحر» يقتضي ترجيح خلافه.
ووجهه بأن ذلك يثبت عهدة[1] على اليتيم إن استحق الشقص.
قال: **وإن توكل في بيعه سقطت شفعته**؛ لأن التهمة تلحقه من[2] تخفيف الثمن ليأخذ به[3]، ولو قدر البيع بأكثر من ثمن المثل؛ لأنه قد يتهاون في طلب زيادة [ثمن][4] عليه، وإذا كان كذلك بطل حقه، كما لو باع الوصي شقصًا له فيه شفعة.
وقد ادعى الشيخ أبو علي كما حكاه الإمام عنه فيه إجماع الأصحاب على أنه لا شفعة للوصيّ، وهذا قول ابن الحداد كما حكاه ابن الصباغ ورأيته في فروعه.
وقيل: لا تسقط؛ لأنه تولى أحد طرفي العقد، فلم تسقط شفعته، كما لو ولي الشراء، وهذا ما حكاه في الحاوي، والقاضي أبو الطيب، وصار إليه الأكثرون كما حكاه الشيخ أبو علي وصححه في الوسيط.
وعن رواية صاحب «التقريب» جريانه في الوصي أيضًا.
وبه قال ابن القطان[5] والقفال أيضًا كما حكاه ابن الصباغ، ووجهه بأن ذلك يجب على المشتري بعد تمام العقد[6].

(١) في جـ: عنده. (٢) في جـ: في. (٣) في جـ: وبه.
(٤) سقط في جـ. (٥) في أ: الصباغ.
(٦) قوله: وإن توكل في بيعه سقطت شفعته على وجه؛ لأنه قد يتهاون في طلب زيادة عليه؛ فصار كما لو باع الوصي شقصا له فيه شفعة.
وقيل: لا تسقط كما لو توكل في الشراء.
ثم قال ما نصه وعن رواية صاحب «التقريب» جريانه في الوصي - أيضا - وبه قال ابن القطان والقفال - أيضا - كما حكاه ابن الصباغ، ووجهه بأن ذلك يجب على المشتري بعد تمام العقد. انتهى كلامه.
واعلم أن لفظ القفال هنا مجرور عطفا على «القطان»، تقديره: وابن القفال، كذا صرح به الذي نقله المصنف عنه - وهو ابن الصباغ - فقال في «الشامل»: وحكى ابن القفال وجها آخر: أن له أخذه؛ لأن ذلك يجب له على المشتري بعد تمام العقد. هذا لفظه.
إذا علمت ذلك فاعلم أن صاحب «التقريب» هو ابن القفال كما صرح به الرافعي في كتابه المسمى بـ «التذنيب»، فقال: صاحب «التقريب» هو القاسم بن محمد بن علي بن إسماعيل الشاشي، وهو ابن أبي بكر القفال الشاشي، مشهور بالفضل وحسن النظر، وبه تخرج كثير من فقهاء خراسان، وكتابه =

والفرق[١] على الأول [أن البالغ][٢] العاقل متمكن من دفع الظلامة عن نفسه في الحال [إن اتفقت][٣] بخلاف اليتيم.

واعلم أن مقتضى ما عللنا به الوجه الأول، أن الشفعة لا تسقط جزمًا[٤] إذا وكل [في البيع][٥] من معين بثمن معين؛ إذ لا تهمة في هذه الحالة، فإنه لا يقدر على البيع [في هذه الحالة][٦] بأكثر من [ثمن المثل][٧].

وما ذكرته هو المشهور في مسألة التوكيل في الشراء والبيع.

وفي رفع التمويه عن التنبيه أن من أصحابنا من قال: إذا توكل في البيع لم تسقط شفعته، وإن توكل في الشراء[٨] سقطت[٩].

والفرق: أنه إذا توكل عن[١٠] البائع فهو معين على إزالة الملك، وإزالة الملك شرط في الشفعة.

وإذا توكل عن المشتري فهو معين على التملك، وإذا أعانه على تحصيل الملك لم يجز أن يزيل ملكه.

ولا خلاف في جواز أخذ الوصي الشقص إذا باعه بطريق الوصاية لمن هو تحت ولايته بالشفعة.

فرع: إذا اشترى عامل القراض شقصًا لرب المال فيه شفعة هل لرب المال أخذه؟ فيه ثلاثة أوجه رواها في «البحر» عن ابن سريج:

أحدها: نعم لكن ليس بطريق الاستشفاع بل بحكم استرجاع مال القراض؛ فإنه لم يظهر فيه ربح.

والثاني: يأخذه[١١] بالشفعة لا بحكم القراض؛ لأن المالك لا يملك أخذ مال القراض إلا ناضًا.

= «التقريب» يدل على كماله. هذا لفظ الرافعي، وذكر النووي في «تهذيب الأسماء واللغات» نحوه - أيضا - وعبر الرافعي في باب أدب القضاء، في آخر الأدب الثالث بقوله: وقال القاسم - يعني صاحب «التقريب» إن شاء الله. وإنما أتى بالمشيئة؛ لأنه يفسر مراد غيره بـ«القاسم». وما توهمه المصنف من المغايرة أوقعه فيه تعبير بعضهم بصاحب «التقريب» وبعضهم بابن القفال مع عدم علمه بالإلحاد وقد أوضحت حال الرجل في كتاب الطبقات إيضاحا بالغا فليطلب منه. [أ و].

(١) في جـ: الغر.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) زاد في أ: أما.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في جـ: ذلك الثمن معًا.
(٨) في أ: الشري.
(٩) زاد في أ: شفعته.
(١٠) في جـ: على.
(١١) في أ: أخذه.

والثالث: لا يأخذ أصلاً.

فعلى هذا لو باعه العامل(١) فهل يأخذ رب المال بالشفعة؟ فيه وجهان.

وجه المنع: أن الملك المبيع له فلو أخذ لأخذ ما بيع له، وهذا قريب مما حكاه الأصحاب فيما إذا مات من عليه دين يستغرق ما خلفه من حصة من عقار، [فبيع فيه](٢) ولوارثه شركة في العقار قديمة، فإنه ليس له الأخذ بالشفعة؛ لما أشرنا إليه.

وقد صار ابن الحداد إلى ثبوت الشفعة للوارث، وقال في «البحر» إن القاضي صار إليه؛ لأنه [يجعل](٣) كأن الميت باعه في حياته، وأنه(٤) لم يذكر سواه.

وقد يظن [أن](٥) ابن الحداد فرع على أن الدين يمنع الإرث كما حكاه الإمام هنا عن القديم وغيره عن الإصطخري، وليس كذلك، لأن ابن الحداد قد جزم فيما إذا مات شخص وله شقص من عقار، وعليه دين يستغرقه(٦)، فباع شريك الميت حصته من العقار قبل [بيع](٧) حصة الميت في دينه، أن لوارثه الأخذ بالشفعة، فلو اعتقد مذهب الإصطخري لم [يكن له](٨) الأخذ.

قال: **وإن باع حصته قبل أن يعلم بالشفعة ثم علم فقد قيل: تسقط**؛ لأن الشفعة شرعت لإزالة الضرر وهو منفي عنه، وهذا قول ابن سريج، وهو الأصح في «الحاوي» و«البحر»، واختاره في «المرشد».

وقيل: لا تسقط(٩) لأنه تجب بالشركة عند العقد وقد وجدت، وهذا قول أبي حامد، ولهذا نظائر منها: إذا لم يعلم بالعيب حتى زال، ومنها إذا لم تعلم الأمة بالعتق حتى عتق الزوج.

ومحل الخلاف في مسألة الكتاب، كما صرح به في «المرشد» إذا باع بغير شرط خيار، أما إذا باع [به](١٠) وفسخ البيع ثم علم فله الشفعة.

ولو باع حصته بعد العلم بالشفعة سقطت [شفعته](١١) وجهًا واحدًا.

ولو باع بعضها فحيث لا تسقط إذا باع الجميع فهاهنا أولى، وحيث تسقط إذا

---

(١) في أ: للعامل.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في أ: وإن.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في أ: مستغرق.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: يجوز.
(٩) في جـ: تجب.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في جـ.

باع الجميع إما مع الجهل أو العلم فهاهنا وجهان:

وجه الثبوت في حال الجهل وهو الأصح في «التهذيب» بقاء الضرر، وبالقياس على ما لو [لم يكن][١] في ملكه من ذلك ابتداء إلا قدر ما بقي من[٢] ملكه.

وفي حال العلم البناء على أنه[٣] إذا عفا عن بعض شفعته لا تسقط شفعته كما[٤] في «البحر» و«الحلية».

ومقابله في هذه الحالة عند الإمام وغيره أظهر.

قال: **وإن أظهر له شراء جزء يسير، أو جزء كثير بثمن كثير فترك الطلب، ثم بان خلافه، فهو على شفعته**؛ لأنه لم يترك الاستشفاع للزهد فيه بل للقلة والغلاء فلا يكون مقصرًا.

ولو أظهر له شراء جزء كثير فظهر يسيرًا نظر: إن كان بالثمن[٥] الأول فلا شفعة له، وإن كان بأقل[٦] منه ثبتت؛ لأنه قد تيسر معه ثمنه دون ثمن الكثير، فكان تركه لذلك.

ولو بلغه أن المشتري زيد فعفا، فإذا هو عمرو، أو قد اشتراه زيد لعمرو - لا تسقط شفعته[٧]؛ لأنه قد يرضى[٨] بمشاركة زيد دون [مشاركة][٩] غيره.

وفي «الحاوي» [في الأولى][١٠] حكاية وجه : أنها تسقط بناء على أن الشفعة إنما وجبت لأجل مؤنة القسمة وقد رضي[١١] بها.

ومقتضى هذا أن يكون هو الصحيح؛ إذ هذه[١٢] علة المذهب.

ولو علم أن المشتري وكيل فعفا عن الموكل دون الوكيل سقطت شفعته، ولو عفا عن الوكيل دون الموكل ففي بطلان شفعته وجهان في الحاوي:

وجه البطلان: أن الوكيل خصم فيها.

ووجه عدمه: أنها مستحقة على غيره.

ولو بلغه الشراء بنقد فعفا، ثم ظهر الشراء بنقد غيره، كان على شفعته.

وقال الإمام: إن لم يتفاوت القدر عند التقويم فلا شفعة.

---

(١) في جـ: يمكن.
(٢) في جـ: على.
(٣) في أ: ما.
(٤) زاد في أ: قاله.
(٥) في جـ: الثمن.
(٦) في جـ: ما قلّ.
(٧) في أ: لعمرو.
(٨) في جـ: رضي.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في أ: يرضى.
(١٢) في أ: يلي.

ولو بلغه الشراء بألف [حال][1] فعفا، فإذا هو مؤجل لم تسقط شفعته، ولو كان بالعكس فلا شفعة له عند العراقيين، كما حكاه البندنيجي، والروياني في «البحر»، وهو الذي صححه بعض المراوزة، وجزم به القاضي الحسين [والله أعلم][2].

قال: **ولا يأخذ[3] الشقص إلا من يد المشتري** أي[4]: ومن يقوم مقامه؛ لأن الشفيع يحل محل المشتري في الأخذ بالثمن، وشراء ما لا يقبض لا يجوز فكذلك[5] أخذه بالشفعة، وهذا ما وجه به الماوردي والروياني، وقد يفهم أن المراد بالأخذ التملك لا نفس القبض.

وغيرهما وجهه بأن الأخذ من البائع يبطل التسليم المستحق بالعقد للمشتري، فيؤدي إلى إبطال البيع والشفعة، وهذا يفهم أن المراد بالأخذ القبض دون حصول الملك، وهو الذي دل عليه كلام ابن الصباغ حيث قال: إذا وجبت له الشفعة، وقضى له بها القاضي، والشقص في يد البائع، ودفع الثمن إلى المشتري، فقال البائع للشفيع: أقلني فأقاله لم يصح؛ لأنها إنما تصح بين[6] المتبايعين، وليس الشفيع مالكًا من جهته، فإن باعه منه لم يجز قبل قبضه.

قال: **وعهدته عليه** أي إذا خرج الشقص مستحقًا رجع الشفيع بالثمن على المشتري، وإن تلف قبل القبض تلف من ضمانه؛ لأنه منه انتقل إلى الشفيع، فكانت عهدته عليه، كما أن عهدة الشقص للمشتري على البائع وكما لو اشتراه منه.

قال: **فإن[7] امتنع من قبضه** أي: امتنع المشتري من قبض الشقص من البائع **أجبر عليه**؛ ليتمكن الشفيع من الوصول إلى حقه المتوجه عليه.

قال: **ثم يؤخذ منه** لما تقدم، وألحق القاضي أبو الطيب [بقبض المشتري][8] في ضمان العهدة ما إذا تسلمه الشفيع من البائع بإذن الحاكم، وقال: إن الشقص لو خرج مستحقًا رجع الشفيع على المشتري بالثمن، ثم المشتري يرجع على البائع، وكذلك ابن الصباغ، وقال: إن للحاكم أن ينيب[9] من يسلمه[10] للمشتري من البائع عند امتناعه، أو غيبته ثم يأخذ[11] الشفيع.

وذكر الماوردي هذه الحالة في [حالة][12] غيبة المشتري، وحكى هو وابن

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في التنبيه: يؤخذ.
(٤) في جـ: أو.
(٥) في جـ: وكذلك.
(٦) في أ: من.
(٧) في التنبيه: وإن.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: يثبت.
(١٠) في جـ: سلمه.
(١١) في أ: يأخذه.
(١٢) سقط في جـ.

الصباغ وجهًا[(١)] [عن ابن سريج][(٢)] أن للشفيع أخذه من يد البائع قبل قبض المشتري.

ووجهه الماوردي: بأن الشفيع يأخذه جبرًا للحق[(٣)] وإن كره المشتري فجاز وإن كان قبل قبضه، كما يجوز الفسخ والإقالة قبل القبض، ويبرأ البائع من ضمان الشقص بقبض الشفيع [المبيع][(٤)]؛ لأنه أخذه بحق توجه على المشتري، وعلى هذا قال ابن الصباغ: لا يجبر المشتري على القبض.

قلت: وحاصل ما حكاه الماوردي يرجع إلى أن الشفيع بمنزلة مشتر أم لا؟

وعلى ذلك ينبغي أن يتخرج[(٥)] جواز قبض[(٦)] الشقص الذي لم يره الشفيع قبل الرؤية، وجواز بيع[(٧)] الشقص قبل قبضه، وثبوت خيار المجلس، وقد قال ابن سريج: لا يجوز أخذ ما لم يُر، وإن قلنا بجواز بيع الغائب إلا أن يرضى المشتري بخيار[(٨)] الرؤية [فيجوز إذا جوزنا بيع الغائب.

والفرق أنا إذا جوزنا بيع الغائب أثبتنا [فيه][(٩)] خيار الرؤية][(١٠)] برضا البائع بالعقد، وفي مسألتنا: الشفيع يأخذ قهرًا[(١١)] فلا يثبت الخيار وهو شرطه.

وفي تعليق القاضي الحسين: أنا إن لم نشترط الرؤية في البيع ففي الشفعة [أولى، وإن اشترطناها في البيع ففي الشفعة][(١٢)] وجهان، بناء على الوجهين في ثبوت خيار المكان للشفيع، وعلى ذلك جرى في «الوسيط».

وقد حكينا عن ابن الصباغ الجزم بأن الشفيع إذا[(١٣)] أراد بيع الشقص من بائعه بعد تملكه، وإقباضه المشتري الثمن، أنه لا يجوز.

وحكى الإمام في جواز البيع قبل قبضه وجهين[(١٤)]، وجعل المذهب منهما ما حكاه ابن الصباغ، وقال [إن الشفيع][(١٥)] مع المشتري، كالمشتري مع البائع فيما

---

(١) في جـ: وجهان.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: لحق.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: يخرج.
(٦) في جـ: أخذ.
(٧) زاد في جـ: الشفيع.
(٨) في جـ: وبخيار.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ، جـ: بالقهر.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) في أ، جـ: لو.
(١٤) في أ: وجهان.
(١٥) في أ: المشتري.

ينفذ ويرد من التصرفات، والذي حكاه البندنيجي أن للشفيع[1] بعد قبض المشتري الثمن - أن يقبض المبيع من البائع، ويكون كالنائب عنه في القبض.

فلو قال الشفيع: لا أقبضه ولكن أكلف المشتري قبضه.

قال أبو العباس: في المسألة قولان يعني وجهين:

أحدهما: أنه ليس له ذلك، [ويقال له: إما أن تأخذ من البائع أو تدع.

والثاني: له إجبار المشتري على ذلك][2].

قال: **ولا يأخذ بعض الشقص** أي بالشفعة، وإن بذل الشفيع ما يقابل ما يأخذه، أو بذل جميع الثمن في [مقابلة][3] البعض.

أما في الحالة الأولى؛ فلما في ذلك من الإضرار بالمشتري بسبب تفريق الصفقة عليه، والضرر [لا يُزال بالضرر][4].

وأما في الحالة الثانية؛ فلما في ذلك من تقليد المنة، وهي ضرر أيضًا مع ما في الشركة من أضرار[5].

ولو قال الشفيع: عفوت عن أخذ نصف الشقص [بالشفعة][6] فهل تسقط شفعته في الجميع أم لا؟

فيه وجهان في الحاوي، أصحهما وبه قال ابن سريج: السقوط، كما لو عفا عن بعض القصاص.

وحكى الخراسانيون وجهًا ثالثًا: أنه يسقط ما عفا عنه، ويبقى ما لم يعف عنه.

وحكى الروياني عنهم أنهم قالوا: إنه المنصوص.

قال الصيدلاني: وموضعه إذا رضي المشتري بتبعيض الصفقة، أما إذا أبى؛ فله أخذ الكل.

قال الإمام: وهذه الوجوه على القول بأن الشفعة ليست على الفور.

أما على القول بأنها على الفور، فمنهم من قطع بأن العفو عن البعض تأخير للطلب في الباقي.

ومنهم من احتمل[7] ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي، وأجرى الوجوه.

قال: وإن[8] **اشترى شقصين من أرضين في عقد واحد؛ جاز للشفيع أن يأخذ**

---

(١) في أ، جـ: الشفيع.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ، وفي جـ: مطالبة.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ، جـ: الأضرار.
(٦) سقط في أ.
(٧) في جـ: حمل.
(٨) في التنبيه: فإن.

أحدهما؛ لأنه قد يكون الضرر عليه فيما أخذه، وفي أخذ[(١)] الآخر إضرار به، ومع ذلك فلا ضرر على المشتري؛ لأن الشقص الآخر يبقى له ولا تبعيض عليه في الشقص المأخوذ.

وعلى هذا لا خيار للمشتري في تبعيض[(٢)] الصفقة عليه؛ لأنه دخل على ذلك، أو لأن التفريق جاء من جهة غير البائع بعد القبض.

[قال][(٣)] **وقيل: لا يجوز** أي إذا كان الشفيع شريكًا فيهما؛ لأنه بعض ما وجب له، فلم يكن له ذلك، كما لو ثبتت الشفعة في شقص فأراد أخذ بعضه، وهذا ما ادعى الماوردي أنه الأظهر في[(٤)] المذهب، وكذلك الشيخ في «المهذب».

والذي صححه الرافعي والبندنيجي الأول، وكذلك ابن الصباغ بعد أن قال: إنه منصوص الشافعي.

قال القاضي الحسين: وهذا الخلاف مبني على القولين في جواز تفريق الصفقة بالرد[(٥)] بالعيب.

أما إذا لم يكن شريكًا في الشقصين[(٦)] أخذ ما هو شريك فيه مقتصرًا عليه وجهًا واحدًا[(٧)].

قال: وإن هلك بعض الشقص يفرق[(٨)] أخذ الباقي بحصته من الثمن؛ لأنه

---

(١) في أ: أخذه. (٢) في أ: تفريق. (٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: من. (٥) في جـ: في الرد. (٦) في أ: الشقص.
(٧) قوله: وإن اشترى شقصين من أرضين في عقد واحد جاز أن يأخذ أحدهما.
وقيل لا يجوز.
ثم قال: أما إذا لم يكن شريكا في الشقصين أخذ ما هو شريك فيه مقتصرا عليه وجها واحدا. انتهى كلامه.
وما ادعاه من عدم الخلاف ليس كذلك فإنه لو اشترى شقصا وسيفا لم يكن له تبعيض الصفقة في قول بل يأخذهما أو يتركهما كذا حكاه ابن القاص في باب تفريق الصفقة من «التلخيص» وحكاه في «المطلب» عنه.
قال: ولو باع حصته قبل العلم بالشفعة ثم علم بطلت شفعته في أصح الوجهين عند جماعة، فعلى هذا لو باع بعض حصته فوجهان وجه الثبوت في حال الجهل وهو الأصح في «التهذيب» بقاء الضرر انتهى وهو يشعر بحكاية خلاف في «التهذيب» وليس كذلك بل في «التهذيب» الجزم بالثبوت. [أ و].
(٨) في التنبيه: بغرق.

أخذ بالشفعة بعض ما تناولته الصفقة، فوجب أخذه بالحصة، كما لو اشترى مع الشقص سيفًا بثمن واحد، فإنه يأخذ الشقص بحصتيه من الثمن.

فعلى هذا يقوم الجميع حال العقد، فإذا قيل: مائة. قوم بعد الفرق.

فإذا قيل: تسعون، علم أن الفائت العشر، فيأخذ الشقص الموجود بتسعة أعشار الثمن[١].

وقال الإمام: إذا فرعنا على أن الملك ينتقل بانقضاء الخيار، فيجوز أن نعتبر القيمة وقت انقطاع الخيار، وما حكاه الشيخ هو ما رواه الربيع، ونسبه الماوردي والبندنيجي إلى القديم، والقاضي أبو الطيب إلى رواية الزعفراني في القديم، والرافعي إلى القديم ومواضع في الجديد.

وقيل: يأخذ الشفيع بكل الثمن لقوله ﷺ: «فَإِنْ بَاعَهُ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ[٢] فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[٣] أي الثمن[٤]، فجعله [أحق][٥] بجميع الثمن ولم يفصل، وبالقياس على ما لو سقطت يد العبد المبيع في يد البائع قبل القبض.

وهذا ما رواه المزني [هاهنا وقاله في كتاب التفليس.

وحكى القاضي أبو الطيب عن أبي إسحاق أن المزني][٦] نقل ذلك عن رواية حرملة.

وحكى الإمام مثله في كتاب التفليس[٧] في مسألة الشقص والسيف عن رواية صاحب «التقريب» والعراقيين قولاً أخذًا[٨] من قول من قال: إذا رد أحد العبدين بالعيب، كان المشتري مخيرًا بين أن يمسك الباقي بجملة[٩] الثمن أو يدع، ثم قال: [وهو][١٠] عندي قريب من خرق الإجماع.

---

(١) قوله: وإن هلك بعض الشقص بغرق أخذ الباقي بحصته من الثمن ثم قال فعلى هذا يقوم الجميع حال العقد فإذا قيل مائة قوم بعد الغرق فإذا قالوا تسعين علم أن الفائت العشر فيأخذ الموجود بتسعة أعشار الثمن. انتهى.
وما ذكره المصنف من تقويمه بعد الغرق غلط فإن مقتضاه اعتبار الزيادة والنقصان الحاصلين بعد العقد وهو باطل، بل الصواب أن يقول: قوم الباقي يوم العقد أيضا. [أ و].

(٢) في جـ: يؤديه.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) في جـ: بالثمن.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) زاد في أ: وحكى القاضي أبو الطيب عن أبي إسحاق المروزي، نقل ذلك عن حرملة، وحكى الإمام مثله في كتاب التفليس.
(٨) في أ: واحدًا.
(٩) في جـ: بكل.
(١٠) سقط في أ.

وقد تحزب الأصحاب(١) في مسألتنا ستة أحزاب:

فذهب أبو الطيب بن سلمة، وأبو حفص بن الوكيل إلى إثبات النصين قولين في المسألة، وتوجيههما ما ذكرناه، وهذه الطريقة تجري فيما إذا انهدم الشقص ولم يذهب من نقضه شيء مع القطع بأن الشقص يسلم للمشتري كما صرح به أبو الطيب وغيره.

وذهب ابن سريج، وأبو إسحاق [المروزي](٢) كما حكاه الماوردي إلى القطع بما رواه الربيع، ونسبا(٣) المزني إلى الغلط فيما نقله في هذا الموضع، وأنه(٤) لا يعرف للشافعي في شيء من منصوصاته، وكذلك حكى البندنيجي إنكار هذا النقل(٥) عن أكثر الأصحاب.

وذهب جماعة من الأصحاب إلى صحة(٦) ما نقله المزني والربيع، ولم يثبتوا ذلك قولين، لكن حملوا ذلك على حالين واختلفوا في الحالين.

فمنهم من قال وهو ابن أبي هريرة: أن رواية المزني محمولة على ما إذا ذهب التالف وبقي النقض، فيكون للشفيع - نظرًا إلى حالة وجوب الشفعة - [الأخذ بجميع الثمن](٧)، ورواية الربيع محمولة على ما إذا فات النقض.

وفي تعليق أبي الطيب أن أبا إسحاق المروزي قال بهذه الطريقة، [واختارها القاضي](٨) أبو الطيب، والبندنيجي، وأكثر المشايخ ببغداد، كما قال في «البحر»، وهي موافقة لما في الكتاب.

ومنهم من قال: رواية المزني محمولة على [ما إذا كانت العرصة باقية بحالها، ورواية الربيع محمولة على](٩) ما إذا تلف بعض العرصة.

وهذه الطريقة لا يأباها كلام الشيخ.

ومنهم من قال: رواية المزني محمولة على ما إذا كان سبب الهلاك آفة(١٠) سماوية.

ورواية الربيع محمولة [على ما إذا كان بفعل مضمون؛ لأنه لا ضرر على المشتري.

(١) في أ: أصحابنا.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: ونسب.
(٤) زاد في أ: قال.
(٥) في جـ: القول.
(٦) زاد في أ: أنهم صاروا إلي.
(٧) سقط في أ، جـ.
(٨) في أ: واختاره.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: بآفة.

ومنهم من حمل رواية المزني][1] على ما إذا تزلزل الشقص وتكسرت الجذوع ولم تسقط، ورواية الربيع على ما إذا سقطت على الأرض، فيكون النقض للمشتري، لأنه منقول حالة الأخذ.

وهذه الطريقة إذا انضمت مع طريقة ابن أبي هريرة حصل منهما وجهان أو قولان[2] في أن النقض هل يؤخذ مع الأرض بالشفعة أم لا؟ [كما صرح به الأصحاب وهما كالوجهين المذكورين فيما إذا اشترى شقصًا فيه نخل وعليه طلع غير مؤبر، فأبر قبل الأخذ، هل يؤخذ مع النخل بالشفعة[3] أم لا][4]؟

وسلك القاضي الحسين فيما إذا تزلزل الشقص طريقًا حسنًا فقال: إذا تزلزل الشقص المشفوع [فيه][5]، وتكسرت أخشابه ولم تسقط؛ فالشفيع بالخيار بين [الترك][6] والأخذ بكل الثمن[7].

وإن سقط على الأرض فإن كان النقض تالفًا ابتنى[8] ذلك على أن البناء والنقض يجري مجرى الصفات أو مجرى الأعيان؟ وفيه جوابان:

فإن[9] جعلناه بمنزلة الصفات أخذ الشقص بكل الثمن إن شاء.

[وإن جعلناه][10] بمنزلة الأعيان، وهو ظاهر المذهب، أخذ الشقص بحصته من الثمن؛ كالشقص، والسيف.

وإن كان النقض قائمًا فهل له أخذ النقض؟ يحتمل[11] وجهين وقد ذكرناهما وأصلهما، وما ذكره[12] [من ثبوت الخيار][13] عند عدم سقوط شيء منه لم يخالف فيه.

قال: **وإن[14] كان في الشقص نخل فأثمرت[15] في ملك المشتري ولم تؤبر[16]، أخذ الثمرة مع الأصل في أحد القولين** كما يأخذها في البيع.

[قال][17] **دون الآخر**؛ لأن الشفيع يأخذ بالشفعة ما ملكه المشتري من جهة البائع بالثمن، والثمرة ليست كذلك، وهذا الخلاف حكاه القاضي أبو الطيب في تعليقه وجهين مبنيين على القولين في المفلس إذا أطلعت النخل[18] المبيعة في

---

(١) سقط في جـ.
(٢) زاد في أ: أحدهما.
(٣) في أ: مع الشفعة.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) زاد في أ: والترك.
(٨) في أ: أثبتنا.
(٩) في جـ: إن.
(١٠) في أ: وإن قلنا إنه.
(١١) في جـ: احتمل.
(١٢) في أ: ذكروه.
(١٣) سقط في جـ.
(١٤) في التنبيه: فإن.
(١٥) في التنبيه: فأثمر.
(١٦) في التنبيه: يؤبر.
(١٧) سقط في جـ.
(١٨) في أ: النخلة.

ملكه[١] ولم تؤبر فرجع البائع في النخل فهل تكون الثمرة له أم لا؟

وابن الصباغ، والماوردي، والقاضي الحسين حكوا الخلاف قولين [كالقولين][٢].

وقال في «المهذب»، و«البحر»: إن الأول هو القديم، والثاني هو الجديد.

وكلام الرافعي يقتضي ترجيح الأول؛ فإنه قال: وقد ذكر كثير من الناقلين أنه القديم، ومقابله هو الجديد، وعلى هذا فالمسألة مما يجاب فيها على القديم.

قال: **وإن كان للشقص شفيعان - أخذا على قدر النصيبين في أحد القولين**؛ لأنه حق مستحق بسبب الملك فيقسط[٣] عند الاشتراك [على قدر][٤] الأملاك؛ كأجرة الدار وثمرة البستان، وهذا هو الأصح.

وبعضهم يرويه عن الجديد، وبعضهم عن القديم.

[قال][٥] **وعلى عدد الرءوس في الآخر**؛ لأن سبب ثبوت الشفعة أصل الشركة بدليل أخذ الشريك الواحد الجميع عند الانفراد قل نصيبه أم كثر، وهما في أصل الشركة سواء، وهذا ما اختاره المزني، واستدل له أيضًا بأن العبد الواحد إذا كان لثلاثة على التفاوت فأعتق اثنان نصيبهما، وهما موسران في وقت واحد، فإنهما يغرمان نصيب الثالث بالسوية، فكذلك هاهنا[٦].

وهذا ما قال بعضهم: [إنه منصوص عليه في القديم.

وبعضهم][٧]: إنه منصوص عليه في الجديد، كما ستعرفه.

وبنى القاضي الحسين القولين على أصل ثم على أصل:

أحدهما: أن العلة الموجبة للأخذ بالشفعة ما يلحقه من مؤنة القسمة بسبب [الدخيل][٨] والاحتياج إلى إفراز المرافق.

إذا ثبت هذا كما حكيناه من قبل أنه مختار الشافعي، ابتنى على أن مؤنة القسمة[٩] تقسم على قدر الأنصباء أو على عدد الرءوس؟ وفيه قولان:

أظهرهما: الأول.

قال: فإن منعوه، فالدليل عليه أن القسام يستحقون الأجرة بسبب العمل، وعمله

---

(١) في أ: يده.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: فبسط، وفي جـ: فيسقط.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في أ: هذا.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في أ: القسام.

لصاحب الكثير أكثر من صاحب اليسير، وهذا يثبت أن الأجرة تقسم على قدر الأملاك، فالغُنْم في مقابلة الغُرْم، فلما كان الغرم عليه أكثر كان [الغنم له أكثر][١].

وأجاب الأصحاب عن الدليل الأول للقول الثاني: بأن الاستقلال بالشيء عند الانفراد لا يلزم منه التساوي عند الاجتماع مع التفاوت، بدليل ما لو كان لرجل مائتان على شخص ولآخر [عليه][٢] مائة، ومات المدين وماله[٣] مائة، فإن صاحب [المائة يأخذ][٤] الثلث [من المائة المخلفة، والآخر ثلثيها مع أن صاحب المائة][٥] لو انفرد[٦] لأخذ [جملة][٧] المائة.

وكذلك الفارس والراجل إذا[٨] انفرد أحدهما بالحضور عند أخذ المال استحق جميعه، ولو حضرا معًا اختلفا في الأخذ والاستحقاق.

وعن الثاني: بأنا لا نمنع الحكم، بل إنما يغرم كل [واحد][٩] منهما على نسبة ملكه، كما صار إليه بعض الأصحاب، وعلى تقدير التسليم، وهو الصحيح في «البحر»، فالفرق أن ذلك ضمان إتلاف، فالنظر فيه إلى المتلفين لا إلى حالة الإتلاف، والشفعة من فوائد [الملك][١٠] فتتقدر[١١] بقدره.

فإن قيل: السريان إلى ملك الغير إنما استفيد بسبب الملك فوجب أن يكون على قدر الملكين[١٢] بعين ما ذكرتم.

فالجواب: أن ذلك إنما حصل[١٣] بعد زوال ملكهما، فلو استفاداه[١٤] بالملك لسقط بزواله كما نقول في الشفعة.

وما[١٥] ذكره الشيخ هاهنا فيما إذا وجبت الشفعة لشخصين ابتداء.

أما إذا وجبت لهما بالدوام بالإرث فسيأتي.

[قال:][١٦] **فإن عفا أحدهما أو غاب، أخذ الآخر جميع المبيع أو يترك**، أي فلا يجوز له أخذ[١٧] البعض كي لا يتضرر المشتري بتبعيض الصفقة عليه، وذلك في صورة العفو [يقينًا][١٨] وفي صورة الغيبة توقعًا، فإن الغائب قد لا يأخذ، وهذا هو الأصح.

---

(١) في أ: القسمة له أكبر.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: وله.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) زاد في جـ: بها.
(٧) سقط في أ.
(٨) في جـ: لو.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في أ: فتقدر.
(١٢) في أ: ملكه.
(١٣) في جـ: يحصل.
(١٤) في جـ: استفاده.
(١٥) في جـ: كما.
(١٦) سقط في أ.
(١٧) في جـ: الأخذ.
(١٨) سقط في جـ.

وقيل في مسألة العفو: يسقط حق الآخر، كما لو عفا أحد الوارثين عن القصاص، وهو ما ينسب إلى ابن سريج.

وقيل: لا يسقط[١] [حق واحد منهما؛ لأن العفو لا يتجزأ فغلب[٢] جانب الثبوت.

ونظير ذلك ما ذكرناه في خيار المجلس إذا أسقط أحدهما خياره هل يسقط][٣] خيار الآخر أو يبقى خيار المسقط؟

وقيل: يسقط حق العافي خاصة وليس للآخر إلا أخذ حصته كما لو لم يعف صاحبه، وليس للمشتري إجبار الشفيع على أخذ الجميع أو الترك.

وهذا فيما إذا ثبتت الشفعة لهما ابتداء.

أما إذا ثبتت [لهما دوامًا][٤] بالإرث فسيأتي.

فرع: لو قال الحاضر: لا آخذ بالشفعة حتى يقدم الغائب، فإن أخذ نصيبه أخذت نصيبي، وإن ترك أخذت المجموع، فهل يكون ذلك عذرًا [في التأخير][٥] على قول الفور؟

فيه وجهان: اختيار ابن أبي هريرة: لا.

وأصحهما وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق: نعم.

وهو الذي صححه الشيخ أبو حامد، وقال في «البحر»: إنه أقيس.

فرع: لو عفا الشفيع عن الشفعة في مرض موته، فهل للوارث إبطال عفوه أو[٦] لا؟ فيه وجهان في البحر:

وأصحهما: الثاني؛ كما لو لم يقبض الهبة.

قال: **فإذا**[٧] **قدم الغائب**، أي بعد أخذ الحاضر الجميع، **أخذ**[٨] **منه ما يخصه**؛ لأنه مستحقه، ثم إذا خرج الشقص مستحقًا رجع الغائب بما دفعه للحاضر من الثمن على المشتري.

وقيل: يرجع به على الحاضر، ثم الحاضر يرجع على المشتري، وهو الأظهر عند الغزالي والرافعي، والأول عند العراقيين أرجح.

---

(١) في جـ: لا يستحق.
(٢) في جـ: فعله.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: أم.
(٧) في التنبيه: فإن.
(٨) في التنبيه: انتزع.

وقال في «البحر» إنه الذي قاله أكثر الأصحاب.

وفي «التتمة»: أن هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أجرة المثل وما عساه ينقص من قيمة الشقص، فأما الثمن فلا رجوع به على قابضه[(١)] بلا خلاف.

وما حصل من الزوائد والفوائد بعد أخذ الأول وقبل أخذ الثاني، يستبد[(٢)] به الأول؛ لحدوثه على ملكه في أصح الوجهين، وبه جزم في «البحر» والقاضي الحسين.

فرع: لو كان للشقص ثلاثة شفعاء، وحصصهم متساوية، وأحدهم حاضر، فالحكم في الأخذ والترك كما[(٣)] ذكرناه.

فإذا حضر واحد بعد الأخذ، كان له أخذ النصف أو الترك، فإذا أخذ النصف ثم قدم الثالث[(٤)]، استرجع من كل واحد منهما ثلث ما أخذه.

والحكم في الرجوع بالثمن عند استحقاق الشقص[(٥)]، ولمن[(٦)] تكون الزوائد والفوائد [الحاصلة][(٧)] بعد أخذ الثاني وقبل أخذ الثالث كما تقدم.

ولو أراد الذي حضر أولاً بعد أخذ الحاضر جميع الشقص أن يأخذ الثلث دون رضا الآخذ أولاً مقتصرًا عليه فهل له ذلك؟

فيه وجهان في «البحر»[(٨)] وغيره:

أحدهما: لا، كما لو أراد الأول أن يأخذ نصيبه ويدع الباقي.

وأصحهما: نعم كما لو صالحه عليه؛ ولأنه أخذ لا يفرق الحق على الأول، فإن الحق [لهم ثبت][(٩)] هكذا، بخلاف الحاضر إذا أراد أخذ الثلث؛ فإن فيه تفريق الصفقة على المشتري.

وعلى هذا إذا حضر الآخر[(١٠)] وأخذ من الأول نصف ما في يده وهو ثلث الشقص فذاك، وإن أراد أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فله ذلك؛ لأنه يقول: ما من جزء [إلا ولي][(١١)] فيه ثلثه، وترك الثاني حقه وهو السدس، حيث لم يشاطر الأول لا[(١٢)] يلزم منه أن أترك حقي.

---

(١) في جـ: ما نصه.
(٢) في جـ: يشهد.
(٣) في أ: ما.
(٤) في جـ: الآخر.
(٥) في جـ: الثمن.
(٦) في جـ: ولم.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في أ: الحاوي.
(٩) في أ: ثبت لهم.
(١٠) في جـ: الآخذ.
(١١) في أ: الأول.
(١٢) في أ: لم.

ثم له أن يجيء إلى الأول فيقول: ضم ما معك إلى ما أخذته ليقسم نصفين[١] فإنا[٢] متساويا[٣] القدر والشقص، وحينئذ تصح القسمة من ثمانية عشر؛ لأنا نحتاج إلى عدد له ثلث ولثلثه[٤] ثلث صحيح وأقله تسعة ثم يضرب في اثنين [لأجل أن ما استرد من الراضي بالثلث وهو سهم لا ينقسم على اثنين][٥]، فيضرب التسعة[٦] في اثنين يبلغ ثمانية عشرة[٧]، للذي اقتصر على أخذ الثلث [منها][٨] أربعة، ولكل من الآخرين[٩] سبعة.

هكذا حكاه الرافعي عن الأكثرين وأنهم نقلوه عن ابن سريج، وهو وجه حكاه في «البحر» مع وجه آخر، أن الحاضر ليس له إلا مقاسمة من بيده الثلثان[١٠] فيأخذ منه الثلث، كما لو كانوا حضورًا عند وجوب الشفعة.

وقال: [إنَّ][١١] ابن سريج اختاره، [و][١٢] قال الماوردي: الصحيح عندي غير هذين الوجهين: أن يجعل الشقص تسعة أسهم؛ سهمان لمن اقتصر على أخذ الثلث في غيبة الآخر، وثلاثة أسهم للذي[١٣] حضر آخرًا، وأربعة أسهم للذي[١٤] أخذ أولاً بالشفعة.

ووجه ذلك: أن الراضي بالثلث لما صالح على الثلث صار الشقص بينه وبين الأول على ثلاثة أسهم، سهم له وسهمان للآخر، فرضي بإسقاط حقه [له][١٥].

فإذا قدم الغائب رجع على من أخذ الثلث بثلث ما في يده، وهو [ثلث سهم؛ لأنه شريكه بالثلث، وعلى الآخر بثلث ما في يده وهو ثلثا سهم[١٦]؛ لأنه شريكه بالثلث، فيكمل له سهم، وبقي ما في يد الراضي بالثلث][١٧] ثلثا سهم، وفي يد الآخذ أولاً سهم[١٨] وثلث، فيضرب ذلك في مخرج الثلث وهو ثلاثة فيبلغ تسعة أسهم كما ذكرنا.

وحكى الإمام عن القاضي الحسين أن الثاني بتركه السدس على الأول

---

(١) في أ: نصيبين.
(٢) في أ: فإما.
(٣) في أ: متساوي.
(٤) في أ: وثلثه.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: تسعة.
(٧) في أ: عشر.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ: الآخذين.
(١٠) في أ: الثلثين.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في أ: لمن.
(١٤) في أ: لمن.
(١٥) سقط في أ.
(١٦) زاد في جـ: لا ثلثا سهم.
(١٧) سقط في أ.
(١٨) في أ: سهمان.

عاف[١] عن بعض حقه، والشفيع إذا عفا عن بعض حقه، سقط جميعه على الظاهر، فينبغي أن يكون الشقص بين الأول والحاضر آخرًا، ويسقط حق الراضي بالثلث بالكلية وبذلك يجتمع في المسألة أربعة أوجه.

ولو حضر من الثلاثة عند وجوب[٢] الشفعة اثنان، فأخذا الشقص، ثم حضر الغائب وأحد الآخذين غائب.

قال ابن الصباغ: فإن قضى له القاضي على الغائب، أخذ من كل واحد من [الحاضر والغائب][٣] ثلث ما في يده، وإن لم يقض له لكونه لا يرى القضاء على الغائب كما بينه البندنيجي، فوجهان:

أحدهما: أنه يأخذ من الحاضر ثلث ما في يده.

والثاني: نصفه.

ثم إذا حضر الغائب وغاب الحاضر، فعلى الأول يأخذ منه الثلث مما في يده، وعلى الثاني يأخذ منه سدس ما في يده؛ إذ به يتم نصيبه، وحينئذ يقسم الشقص على اثني عشر؛ لأنه أقل عدد له نصف، ولنصفه ثلث ونصف وسدس.

قال: وإن كان البائع أو المشتري اثنين؛ فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر.

أما في الأولى - وصورتها: إذا كان العقار لثلاثة، فباع اثنان نصيبهما لثالث بثمن واحد - فلأن بيع الاثنين من الواحد يجري عندنا مجرى العقدين المنفردين، ولو باع كل[٤] منهما نصيبه لشخص واحد [بعقد منفرد كان له أخذ نصيب كل واحد][٥]، فكذلك في هذه الحالة.

وأما في الثانية - وصورتها: إذا كان للعقار مالكان فباع أحدهما نصيبه من اثنين صفقة واحدة - فلأنه إذا أخذ نصيب أحدهما لم يلحقه ضرر، فأشبه ما لو لم يكن بائعه قد باع شيئًا غير ما باعه منه، وهذا ما يوجد في طريق العراق.

وادعى الفوراني في الثانية الإجماع.

وحكى القاضي الحسين وغيره في الأولى وجهًا أنه ليس له إلا أخذ الجميع أو الترك.

---

(١) في جـ: عاوض.
(٢) في أ: وجود.
(٣) في أ: الغائب والحاضر.
(٤) زاد في أ: واحد.
(٥) سقط في أ.

فرع: لو كان بين ثلاثة عقار فوكَّل [أحدهم][(١)] واحدًا من شركائه في بيع نصف نصيبه، وجعل له إذا أراد أن يبيع مع ذلك نصيبه [أو بعضه][(٢)] أن يفعل، فباع نصف ما يملكه ونصف ما يملكه موكله من شخص.

قال الماوردي: فللموكل أخذ نصيب [الوكيل، وللوكيل أخذ نصيب][(٣)] الموكل، ولا يجوز للثالث أخذ نصيب أحدهما دون الآخر؛ لأن البائع واحد، فإما أن يأخذ الجميع أو يدع.

وما قاله مبني على أن اتحاد الصفقة وتفرقها يكون بالنسبة إلى العاقد، وأن الوكيل له أخذ ما باعه، وفي كل من ذلك خلاف قد تقدم في موضعه.

وقد حكى الرافعي: إنه يمتنع على أحدهما أخذ نصيب صاحبه؛ لأجل تفريق الصفقة عليه[(٤)].

قال: وإن كان المشتري شريكًا فالشفعة بينه وبين الشريك الآخر على ظاهر المذهب

صورة المسألة: أن يكون العقار بين ثلاثة أثلاثًا، فيبيع أحدهم نصيبه لشريكه، فللآخر أخذ السدس منه لا غير؛ لأن المشتري شريك في بعض المشتري فلم يكن لغيره من الشركاء أخذ جميع الشقص بالشفعة، كما لو كان المشتري أجنبيًّا، وأحد الشفيعين حاضر فأخذ الجميع، ثم قدم الغائب فإنه لا يأخذ من الحاضر إلا حصته، والجامع بينهما أن [الشراء مملك][(٥)] كما أن الأخذ بالشفعة مملك،

---

(١) سقط في أ، وفي جـ: أحدهما.

(٢) سقط في أ. (٣) سقط في أ.

(٤) قوله: فرع لو كان بين ثلاثة عقار فوكل أحدهم واحد من شركائه في بيع نصف نصيبه وجعل له إذا أراد أن يبيع مع ذلك نصيبه أو بعضه أن يفعل فباع نصف ما يملكه ونصف ما يملكه موكله من شخص.
قال الماوردي: فللموكل أخذ نصيب الوكيل وللوكيل أخذ نصيب الموكل، ولا يجوز للثالث أخذ نصيب أحدهما دون الآخر؛ لأن البائع واحد فإما أن يأخذ الجميع أو يدع.
وما قاله مبني على أن اتحاد الصفقة وتفرقها يكون بالنسبة إلى العاقد وأن الوكيل له أخذ ما باعه وفي كل ذلك خلاف قد تقدم في موضعه.
وقد حكى الرافعي: إنه يمتنع على أحدهما أخذ نصيب صاحبه؛ لأجل تفريق الصفقة عليه. انتهى كلامه.
واعلم أن الرافعي حكى ذلك وجها ضعيفا في أخذ الموكل نصيب الوكيل ولم يتعرض لأخذ الوكيل نصيب الموكل فاعلم ذلك. [أ و].

(٥) في أ: المشتري يملك.

وهذا ما ذكره المزني، وبه قال أبو إسحاق وعامة أصحابنا.

وحكى الشيخ أبو حامد والقاضيان أبو الطيب والحسين عن ابن سريج أنه قال: للشريك [الآخر][١] أخذ جميع الشقص المشتري؛ لأنا لو جعلنا للمشتري أن يأخذ بالشفعة لكان يأخذ بها من ملك نفسه [والإنسان لا يستحق أخذ الشفعة من نفسه][٢].

ورد الأصحاب عليه بأنا لا نقول إنه يأخذ بالشفعة من ملك نفسه، وإنما يدفع الشريك عن الأخذ عن نفسه.

وقال الماوردي: إنه وجد أبا العباس ابن سريج قائلاً بخلافه وموافقًا لأصحابه، فحينئذ ارتفع الخلاف.

وعلى هذا لا يلزم غير المشتري أن يأخذ غير حصته، وإن رضي المشتري بأخذه جميع الشقص؛ لأن الشفعة إنما وجبت له فيه، فلا يلزم أكثر منه، وليس هذا تفريقًا[٣] في الصفقة، وإنما[٤] هو تفريق في الشفعة وهو لا يمتنع فيها.

وحكى الإمام عن الشيخ أبي على رواية وجه: أن الشفيع المشتري إذا عرض على الشفيع الذي لم يشتر أخذ الجميع، فليس له إلا أخذ الجميع أو الترك.

قال: **وإن ورث رجلان دارًا عن أبيهما، ثم مات أحدهما وترك[٥] ابنين، ثم باع أحد هذين الابنين نصيبه - كانت الشفعة بين [الأخ والعم][٦] في أصح القولين**؛ لأنهما شريكان في الدار حالة وجوب الشفعة، [فكانت الشفعة][٧] بينهما كما لو ملكا بسبب واحد؛ لوجود المعنى الذي لأجله ثبتت الشفعة وهو لحوق[٨] الضرر.

وهذا ما حكى الإمام والقاضي الحسين أنه الجديد [وأطلقا والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ أنه منصوص في الإملاء، والماوردي أنه منصوص عليه في الجديد][٩] وبعض القديم.

قال: **وللأخ دون العم في القول الآخر**؛ لاشتراكهما في سبب الملك، وذلك دليل على قربه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: التفريق.
(٤) في أ: بل.
(٥) في التنبيه: خلف.
(٦) في التنبيه: العم والأخ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: لخوف.
(٩) سقط في أ.

وهذا ما نص عليه في القديم [كما حكاه الجمهور وقال الماوردي: إنه أحد قوليه في القديم][١].

فعلى هذا لو عفا الأخ عن الشفعة فهل تثبت للعم؟ فيه وجهان عن ابن سريج:

أحدهما: لا؛ لأنه لو كان مستحقًا له لما تقدم عليه غيره.

والثاني: نعم؛ لأنه شريك وإنما[٢] تقدم [عليه][٣] الأخ؛ لزيادة قربه، وصار هذا كما لو قتل واحد جماعة على الترتيب، فإن لولي الأول القصاص، فلو عفا كان لولي المقتول ثانيًا[٤] القصاص، لزوال المرجح[٥].

وعلى الأول هل تقسم الشفعة بين الأخ والعم على عدد الرءوس أو على قدر[٦] الأنصباء؟ فيه طريقان:

أحدهما: وهو ما حكاه القاضي أبو الطيب والماوردي: طرد القولين السابقين، والقديم منهما، ما حكاه [الماوردي، والقاضي الحسين][٧] والإمام[٨] أنها[٩] على عدد الرءوس.

والجديد كما حكوه أنها على قدر الأنصباء.

[والثاني: حكاه القاضي الحسين مع الأول: القطع بأنها على قدر الأنصباء][١٠] ولا يتخرج على القولين؛ لأن قول القسمة على عدد الرءوس قول قديم، وقول مشاركة [الأخ العم][١١] قول جديد، فلا معنى لبناء الجديد على القديم.

وهذا الطريق أبداه الإمام احتمالاً، ونازعه الرافعي في [دعوى][١٢] أن القسمة على عدد الرءوس هو[١٣] القول القديم، وقال: إن الذي نقله الأكثرون أن القولين في التوزيع وعدمه منصوصان معًا في الأم، والقديم منهما هو التوزيع على الحصص[١٤].

وكذلك اعترضوا على ابن القاص ومن أثبت قول التوزيع [في المسألة تفريعًا

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: فإنما.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: بعد الأولياء.
(٥) في أ: الترجيح.
(٦) في أ: عدد.
(٧) في أ: القاضي الحسين والماوردي.
(٨) في أ: وللإمام.
(٩) في جـ: أنهما.
(١٠) سقط في أ، جـ.
(١١) في أ: العم الأخ.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) في أ: على.
(١٤) في أ: التخصيص.

على ثبوت الشفعة للأخ والعم جميعًا [بأن الشفعة](١) إنما تثبت لهما في الجديد، وفي الجديد التوزيع على عدد الرءوس، فلا يجيء فيها إلا قولان: التخصيص بالأخ [وحده](٢)، والتسوية بينهما.

قلت: وطريق جواب المعترضين على من أثبت قول التوزيع على قدر الأنصباء أو على عدد الرءوس](٣) في هذه المسألة على(٤) التفريع على أن الأخ والعم يشتركان، يؤخذ مما حكيته عن الماوردي أن قول التشريك بين الأخ والعم في الشفعة هو الجديد، وأحد قولى القديم.

فإن من قال [بأنها](٥) تقسم(٦) بين الأخ والعم على السواء، فرع على أحد قوليه في القديم إن كان يعتقد أن القديم التوزيع على عدد الرءوس [كما حكاه الإمام وغيره إذ(٧) هذا مقتضاه، أو على الجديد إن كان يعتقد أن الجديد القسمة على عدد الرءوس](٨) كما حكاه الرافعي.

[ومن قال](٩) بأن(١٠) الشقص يقسم بين الأخ والعم على [قدر](١١) الأنصباء، فَرَّع: على الجديد: إن كان يعتقد أن الجديد التوزيع على قدر الأنصباء. كما حكاه الإمام [وغيره](١٢) إذ هو مقتضاه أو على أحد قولي القديم: إن كان يعتقد أن القديم التوزيع على قدر الأنصباء.

واعلم أن القولين الذين حكاهما الشيخ جاريان في كل صورة ملك [فيها](١٣) اثنان شقصًا بسبب واحد، وغيرهما من الشركاء ملك بسبب آخر.

كما إذا باع رجل شقصًا من دار لرجلين(١٤) أو وهبه منهما أو أوصى(١٥) لهما به فقبلاه، ثم باع أحد الاثنين نصيبه من ذلك. فهل الشفعة لمن شاركه في السبب خاصة أو(١٦) له ولبقية الشركاء؟ فيه القولان.

ولو مات مالك الدار وخلّف بنتين وأختين [ثم باعت إحدى الأختين](١٧)

---

(١) في أ: فإن الشفعة للأخ والعم جميعًا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: مع.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: يقسم.
(٧) في أ: إن.
(٨) سقط في جـ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: فإن.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في جـ: لنفسين.
(١٥) في جـ: وصى.
(١٦) في أ: أم.
(١٧) سقط في جـ.

نصيبها، فعلى القديم هل تختص [به][(١)] الأخت [أو تشاركها البنات][(٢)]؟ فيه وجهان عن ابن سريج.

أظهرهما: الثاني؛ لأن سبب ملكهن واحد وهو الإرث.

وإنما الاختلاف في مقادير الملك[(٣)].

فرع: مات شخص وخلف ثلاثة[(٤)] بنين وخلف أرضًا، ثم مات أحدهم وخلف ابنين، فباع[(٥)] أحد العمين نصيبه.

فهل يكون العم الآخر أحق به أو[(٦)] يشاركه فيه ولدا أخيه؟

قال ابن سريج: يحتمل وجهين:

أحدهما: إن ذلك كمسألة الكتاب فيكون على القولين.

والثاني: أنهم يشتركون.

والفرق: أن هاهنا يقوم ابنا الميت مقام أبيهما لكونهما خلفاه في الملك، ولو كان أبوهما باقيًا شارك أخاه[(٧)] في الشفعة [فكذلك ولداه][(٨)].

وفي مسألة الكتاب، البائع ابن أخيهما وهما لا يقومان مقام أخيهما، وإنما يقومان مقام أبيهما، كذا حكاه ابن الصباغ.

قال: **وإن تصرف المشتري في الشقص [بالغراس والبناء][(٩)] فالشفيع مخيَّر بيْن أن يأخذ ذلك بقيمته**. أي يأخذ البناء والغراس بقيمته [والشقص بالثمن][(١٠)]، **وبين أن يقلع ويضمن** [له][(١١)] **أرش ما نقص** [بالقلع][(١٢)].

لأن البناء والغراس[(١٣)] موضوع بحق[(١٤)]، وقلعه مجانًا يضر بصاحبه، وإبقاؤه[(١٥)] يضر بالشفيع، فتعين ما ذكرناه طريقًا لدفع الضرر عنهما بقدر الإمكان.

وهذا ما اقتصر العراقيون على ذكره هاهنا وحصروا التخيير بين التملك بالقيمة أو[(١٦)] القلع مع غرامة النقص أو ترك الشفعة.

وزاد في الحاوي فقال: لو قال الشفيع أنا أقر بناءه في الأرض لم يجز؛ لأمرين:

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: أم يشاركها فيه البنتان.
(٣) في جـ: الإرث.
(٤) في جـ: ثلث.
(٥) في جـ: ثم باع.
(٦) في أ: أم.
(٧) في أ: أخوه.
(٨) في أ: وكذلك ولده.
(٩) في أ: بالبناء والغراس.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) زاد في أ: ليس.
(١٤) في أ: لحق.
(١٥) زاد في أ: مجانًا.
(١٦) في أ: و.

أحدهما: أنه متطوع بهبة لا يلزمه قبولها.

والثاني: أنه إقرار بناء في غير ملك قد يلحقه فيه ضرر.

وهذا يدل على أنه لو طلب التبقية بأجرة لا يجاب إليها من طريق الأولى.

وقد تقدم في باب العارية أن المعير للبناء والغراس مخير [بعد رجوعه في](١) ثلاثة(٢) أشياء:

[أحدها: التبقية بأجرة](٣). وقد صرح(٤) الإمام والقاضي الحسين والرافعي بجريان مثل ذلك هاهنا، وما ذكرناه من كيفية التخيير ثَمَّ يجري هاهنا.

وإذا(٥) اختار المشتري هاهنا قلع بنائه وغراسه، وأثر ذلك نقصًا في الأرض، لا يلزمه تسوية الأرض(٦) ولا يسقط بسببه عن الشفيع شيء [من الثمن](٧)، بل هو مخير بين أن يرضى بها كذلك بكل الثمن أو يترك. صرح به القاضي أبو الطيب وغيره.

ولو تصرف المشتري في الشقص بالزرع فحكمه حكم المستعير في التبقية إلى أوان الحصاد، ولا يجب عليه هنا أجرة فى(٨) الأصح، وبه جزم القاضي الحسين وغيره بخلاف المستعير فإن الأصح وجوب الأجرة عليه.

وقد حكى الإمام أن في كلام صاحب «التقريب» ما يدل على جريان مثله في حق المشتري، ثم قال وهو غير بعيد في القياس وإن كان بعيدًا في الحكاية وصرح به المتولي.

فإن قيل: الشفعة إنما(٩) تثبت على المذهب في الملك المشاع حالة البيع، وغرس المشتري وبناؤه إن كان بعد المقاسمة فهي مبطلة للشفعة؛ إذ التفريع على أنها على الفور، [أو يكون](١٠) ذلك رضا بالشركة.

وإن كان قبل المقاسمة بإذن الشفيع، فكذلك الحكم، وإن كان بغير إذنه فالمشتري عرق(١١) ظالم، فيقلع بناؤه وغراسه مجانًا، وحينئذ فالمتلخص(١٢) أحد أمرين:

---

(١) في أ: بين.
(٢) في جـ: ثلثه.
(٣) في أ: التبقية بأجرة أحدها.
(٤) زاد في أ: به.
(٥) في أ: وإن.
(٦) في أ: الحفر.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: على.
(٩) في أ: لهما.
(١٠) في أ: ويكون، وفي جـ: أو لكون.
(١١) في جـ: غرس.
(١٢) في أ: فالمتخلص.

إما القلع مجانًا، أو لا شفعة، فما وجه ما ذكرتموه؟

قيل: المسألة مصورة بما إذا حصلت مقاسمة[١] بعد الشراء، ومع ذلك لا تبطل الشفعة، وذكر لذلك[٢] [صور][٣] نبدي منها ما تيسر:

فمنها إذا قيل للشفيع أنه اشترى بثمن كثير فعفا [ثم قاسم][٤] ثم ظهر أن الثمن قليل، فإنه[٥] على شفعته.

ومنها: إذا أظهر[٦] المشتري أنه اتهب الشقص فقاسمه الشفيع، ثم ظهر[٧] أنه اشتراه، فالشفعة ثابتة[٨].

ومنها: إذا كان الشفيع وكل في القسمة[٩]، فقاسم الوكيل المشتري، فالموكل على شفعته[١٠].

ومنها: إذا كان الشفيع غائبًا، فرفع المشتري الأمر إلى الحاكم وطلب منه القسمة[١١] فقاسمه، ثم حضر الشفيع فإنه[١٢] على شفعته، وللإمام وقفة في جواز مقاسمة الحاكم مع علمه بثبوت الشفعة للغائب، والمشهور الإجابة.

ومنها: إذا وكل المشتري البائع في المقاسمة، فقاسمه الشفيع ظانًا أنه قاسمه[١٣] لنفسه، فإن شفعته لا تبطل.

ومنها: إذا كان الشراء بثمن مؤجل، ولم يرغب الشفيع في الأخذ بثمن حال، فجاء المشتري وطلب القسمة من الشفيع وقاسمه، ثم حل الأجل، فإن له الأخذ بالشفعة، كما صرح به القاضي الحسين في تعليقه؛ لأنه كان معذورًا.

ثم قال: وهذه المسائل لم يختلف أصحابنا في ثبوت الشفعة فيها، وفيه إشكال من حيث إن القسمة تمنع ثبوت الشفعة عندنا؛ لعدم[١٤] الملك، ولو زال ملكه[١٥] ولم يعلم ببيع الشريك نصيبه ثم علم؛ فهل له الشفعة أم لا؟

فعلى وجهين:

---

(١) في جـ: بمقاسمة.
(٢) في جـ: من ذلك.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: فهو.
(٦) في جـ: ظهر.
(٧) في أ: تبين.
(٨) في أ: باقية.
(٩) في أ: المقاسمة.
(١٠) في جـ: الشفعة.
(١١) في أ: المقاسمة.
(١٢) في أ: فهو.
(١٣) في جـ: قاسم.
(١٤) في جـ: عند تقدم.
(١٥) في أ: الملك.

ويمكن أن يقال [ها][1] هنا أيضًا في وجه لا شفعة له.

قال: إلا أنه خلاف النص.

وفي «التتمة» إشارة إلى جعل ما أبداه القاضي طريقًا حيث قال بعد ذكر الصور[2]: [فالقسمة صحيحة وعلى][3] أحد الطريقين لا تبطل الشفعة.

واعلم أن الجيلي ذكر من جملة الصور:

ما إذا أظهر المشتري شراء جزء يسير، ثم ظهر أنه اشترى جزءًا كثيرًا[4] بعد المقاسمة.

وما إذا كانت دار بين ثلاثة؛ فاستأجر أحدهم نصيب[5] أحد شريكيه واشترى الآخر ثم بنى وغرس.

وما قاله فيه نظر:

أما الأول: فلأن المقاسمة إن وقعت على ما أظهره[6] فهي مقاسمة على بعض الحق، فلا[7] يحصل المقصود، وإن وقعت على كل الحصة فقد اطلع الشفيع عليها، وذلك يسقط شفعته.

وأما في الثاني: فإن أراد أن مسألة الكتاب مصورة[8] بما ذكره[9] فليس[10] كذلك؛ لأن المشتري شريك، وبناؤه وغراسه محترم، وقد ذكرنا[11] في باب العارية أن الشريك إذا استعار حصة شريكه للبناء والغراس [ثم رجع الشريك بعد البناء والغراس][12] أنه يتعين حقه في التبقية[13] بأجرة، ولا يتمكن من التملك والقلع.

ويشبه[14] أن يكون هاهنا كذلك.

وإن أراد تصوير مسألة [ما][15] لا تعلق لها بالكتاب فهذا صحيح.

فرع: لو كان للشقص شفيعان، فغاب أحدهما وأخذ الآخر الجميع، ثم بنى[16] وغرس بالطريق[17] المشروع، ثم حضر الغائب وأخذ حصته بالشفعة،

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: الضرر.
(٣) في أ: والقسمة صححه على.
(٤) في أ: كبيرًا.
(٥) في أ: نصيبه.
(٦) في أ: ما أظهر.
(٧) في أ: ولا.
(٨) في جـ: تصور.
(٩) في أ: ذكر.
(١٠) زاد في أ: الأمر.
(١١) في أ: ذكر.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في جـ: الشفعة.
(١٤) في أ: والتبقية.
(١٥) سقط في جـ.
(١٦) زاد في أ، جـ: فيه.
(١٧) في جـ: في الطريق.

فهل يقلع بناء الشفيع الآخذ [أولاً][١] مجانًا أم[٢] لا؟

المذهب: لا.

وفي[٣] وجه: نعم.

قال المتولي: وأصل الخلاف أن الشفيع الثاني يرجع على الشفيع الأول بالعهدة أم على المشتري؟

فإن قلنا بالأول كان حكمه [معه][٤] كحكم الأول مع المشتري، فليس له القلع مجانًا.

وإن قلنا بالثاني: فقد جعلنا ملكه كالمعلوم[٥].

قال: وإن وهب أي هبة لا ثواب فيها. أو وقف فله أن يفسخ ويأخذ؛ لأن استحقاقه سابق لتصرف المشتري والجمع متعذر. وقال البندنيجي: إن ذلك إجماع.

وحكى الرافعي عن أبي إسحاق أن تصرف المشتري ليس بأولى [من غراسه وبنائه][٦] فلا ينقضي، وأن بعضهم أجراه على عمومه.

وحكى القاضي أبو الطيب[٧] عن الماسرجسي أن تصرف[٨] المشتري بالوقف لا ينقض، وينقض ما عداه.

والمذهب: الأول.

والفرق بين [البناء والغراس][٩] ونقض التصرفات ما قاله القاضي الحسين؛ أن الشفيع لا يتوصل إلى أخذ حقه بالعقد الأول من غير نقض [التصرفات، بخلاف البناء والغراس، فإنه يتوصل[١٠] إلى [أخذ][١١] حقه بالعقد الأول من غير نقضها][١٢] فلا ضرورة به إلى النقض[١٣].

تنبيه: إخبار[١٤] الشيخ [بأن للشفيع][١٥] [الفسخ][١٦] يدل على صحة التصرف من المشتري قبل الأخذ بالشفعة، كما صرح به غيره.

واستدل له بأن التصرف صادف ملكه، وحق تملك الشفيع [لا يمنع][١٧] من التصرف، كما أن حق تملك[١٨] الواهب بالرجوع لا يمنع تصرف المتهب.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: أو.
(٣) في جـ: وفيه.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: معدومًا.
(٦) في أ: من بنائه وغراسه.
(٧) في أ: زيادة في المجرد.
(٨) في أ: تصرف إلى.
(٩) في أ: الغراس والبناء.
(١٠) في جـ: موصل.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) في جـ: البعض.
(١٤) في جـ: اختيار.
(١٥) في جـ: بأن الشفيع.
(١٦) سقط في جـ.
(١٧) في أ: الممتنع.
(١٨) في أ: ملك.

وفي «التتمة»: حكاية وجه عن ابن سريج أن تصرفات المشتري باطلة؛ لأن للشفيع حقًا لا سبيل إلى إسقاطه، فأشبه حق المرتهن.

وهذا أعم مما حكيناه من قبل عن القفال ورواية صاحب «التقريب».

أما لو كانت الهبة تقتضي ثوابًا، وشرط فيها عوضًا معلومًا وصححناها[(١)] فهي بيع وسنذكره.

قال: **وإن باع فله أن يفسخ ويأخذ** [أي يفسخ البيع الثاني ويأخذ][(٢)] **من المشتري الأول بما اشترى** [**وله أن يأخذ من المشتري الثاني بما اشتراه**][(٣)] لوجود سبب الأخذ [منه][(٤)] وهو الشراء.

وهكذا الحكم فيما لو أصدق المشتري الأول الشقص أو جعله عوضًا في خلع أو صالح عليه ونحو ذلك.

وقيل: ليس للشفيع إبطال البيع الثاني؛ لإمكان أخذه من المشتري الثاني، وهذا ما حمل بعضهم كلام أبي إسحاق المروزي عليه.

وقد روى الشيخ أبو علي عن أبي إسحاق: أنه لا يأخذ من الأول ولا من الثاني؛ لأن تصرف المشتري إذا كان مبطلاً[(٥)] للشفعة فلا يكون مثبتًا[(٦)] لها، كما إذا تحرم بالصلاة، ثم شك فجدد [نية وتكبيرًا][(٧)] لا تنعقد به الصلاة؛ لأنه يحصل بها الحل [فلا يحصل][(٨)] بها العقد.

ثم قال: ويمكن أن ينبني الوجهان على القولين فيما إذا عَتَقَتْ[(٩)] الأمة تحت عبد، فطلقها قبل أن تختار، هل ينعقد الطلاق أم لا؟

ووجه الشبه[(١٠)] أن الطلاق يبطل حقها فى[(١١)] الفسخ ولم[(١٢)] تسلط عليه كما ذكرنا في الشفيع.

قلت: قد يمنع اتجاه البناء؛ لأن ثم الطلاق حصل أحد مقصوديها وهو إزالة قيد النكاح فاغتفر بصنيع الآخر وهو السلطنة [الثابتة لها][(١٣)] وهاهنا لم يحصل للشفيع بالبيع الثاني غرض، بل جدد له ضررًا.

---

(١) في أ: وصححنا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: مثبتًا.
(٦) في أ: منفيًا.
(٧) في جـ: تكبيرًا ونية.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في أ: أعتقت.
(١٠) في جـ: الشبهة.
(١١) في أ: من.
(١٢) في أ: فلم.
(١٣) سقط في أ، وفي جـ: الثانية لها.

فرع: لو باع أحد[١] الشريكين نصف نصيبه من شخص، ثم لم يطلع الشريك عليه حتى باع البائع باقي حصته من آخر، كان للشريك الذي لم يبع أخذ أي النصفين شاء وأخذ المجموع، فإن [أخذ][٢] أحدهما فذاك، وإن أخذ الأول وعفا عن الثاني استقل به، وإن عفا عن الأول وأخذ الثاني شاركه المشتري للنصف الأول - في النصف الثاني، هكذا ذكره العراقيون.

وحكى القاضي الحسين [وغيره][٣] فيما إذا أخذ الأول: أن للمأخوذ منه أن يشاركه في النصف الثاني على وجه؛ لثبوت ملكه حالة البيع الثاني.

فرع: إذا أجر المشتري الشقص أو رهنه فله نقض [ذلك][٤] على المذهب، فلو أراد تأخير الأخذ[٥] إلى حين انفكاك الرهن وانقضاء الإجارة بطل حقه؛ لقدرته على الأخذ في الحال ونقض التصرف.

قال: وإن قابل البائع فله أن يفسخ ويأخذ؛ [لما ذكرناه][٦].

وهذا إذا قلنا: إن الإقالة فسخ.

أما إذا قلنا: إنها بيع فهو كما لو باع، وحكى القاضي الحسين على الأول أنه يمتنع على الشفيع فسخها، كما يمتنع عليه [رد][٧] الرد بالعيب على وجه.

قال وإن رد عليه أي [رد][٨] البائع الثمن المعين بالعيب فقد قيل: له أن يفسخ ويأخذ لما ذكرناه.

فعلى هذا فسخ البائع العقد لا يرتفع، وإنما الشفيع يأخذ الشقص ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص.

قال الماوردي: أقل ما [كان قيمة][٩] من وقت عقد البيع [أو قبض المشتري][١٠].

والشفيع هل يأخذ بالثمن الأول أم بقيمة الشقص؟ فيه وجهان في تعليق القاضي أبي الطيب وغيره.

قال: وقيل: ليس له؛ لأن الشفعة جعلت لدفع الضرر عن الشفيع، فلا يزال

---

(١) في جـ: بعض.
(٢) سقط في أ، جـ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: الشفعة.
(٦) سقط في التنبيه.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ: كانت.
(١٠) في جـ: إلى وقت قبض الشفيع.

ضرره بإدخال الضرر على البائع، وهذا الخلاف مفرع على قولنا: إن البائع لو لم يرد واجتمع هو والشفيع، وأراد البائع الرد والشفيع الأخذ - أن الشفيع مجاب، أما إذا قلنا[١]: البائع هو المجاب كما هو المختار في «المرشد» فبعد[٢] الرد ليس للشفيع الأخذ وجهًا[٣] واحدًا.

وقد حكى الإمام في مسألة[٤] ازدحامهما على الأخذ طريقة جازمة بتقديم البائع. ولو اطلع البائع على عيب الثمن بعد أخذ الشفيع فله الرد، لكنه لا يملك نقض ملك الشفيع.

[وعن صاحب «التقريب» رواية [قول][٥] إن المشتري يسترد الشقص من الشفيع][٦] ويرد عليه ما أخذه منه، ويسلم[٧] الشقص إلى البائع؛ لأن الشفيع نازل منزلة المشتري فرد البائع يتضمن نقض ملكه، كما يتضمن نقل ملك المشتري لو كان في ملكه.

وعلى الأول: للبائع أخذ قيمة الشقص من المشتري، فإن كانت مثل الثمن فذاك، وإن كانت أقل أو أكثر، ففي رجوع من بذل الزيادة من المشتري والشفيع على صاحبه وجهان:

أظهرهما: عدم التراجع[٨].

ولو عاد [الشقص إلى يد][٩] المشتري يومًا من الدهر، فلا يملك البائع إجباره على نزعه منه، ولا يملك المشتري إجبار البائع على قبوله ورد ما أخذه [منه][١٠]، كما حكاه الجمهور.

وفي «التتمة»[١١] حكاية وجهين في ذلك بناء على ما لو خرج المبيع من ملك المشتري ثم عاد إليه ثم اطلع البائع على عيب بالثمن المعين هل يسترجعه أم لا؟

هذا حكم البائع إذا اطلع على عيب بالثمن المعين.

أما إذا اطلع المشتري على عيب بالشقص، وأراد رده وأراد الشفيع أخذه. فمن[١٢] المجاب منهما؟

---

(١) زاد في جـ: إن.
(٢) في أ: فعند.
(٣) في أ: قولًا.
(٤) في أ: حالة.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في جـ: ويرد.
(٨) في جـ: الرجوع.
(٩) في أ: ملك.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في جـ: تتمة.
(١٢) في جـ: من.

فيه [أيضًا][(١)] القولان أو الوجهان.

والأرجح منهما عند الأكثرين، وبه جزم القاضي أبو الطيب والبندنيجي: الشفيع.

ولو لم يطلع الشفيع على البيع حتى رد[(٢)] المشتري الشقص [فإن قلنا عند التزاحم: المشتري هو المجاب فليس للشفيع النقض.

وإن قلنا: المجاب هو الشفيع. فهاهنا وجهان:

والأظهر منهما: أن للشفيع النقض، وهو ما جزم به القاضي أبو الطيب والبندنيجي أيضًا.

وهذه الحالة هي التي صور الجيلي بها مسألة الكتاب، والذي صورها به ابن الخل وابن يونس ما ذكرته، وهو الأولى؛ فإن الشيخ في «المهذب» وغيره من العراقيين، [و][(٣)] الذي وقفنا على كلامهم - لم يحكوا في هذه المسألة خلافًا، بل الموجود منها مثل ما حكيته عن البندنيجي وغيره.

فرع: لو كان ثمن الشقص عبدًا فقبض المشتري الشقص، وتلف العبد قبل أن يقبضه البائع، وقبل أخذ الشفيع الشقص، بطل البيع والشفعة عند ابن الصباغ وغيره، وهو كذلك في «التهذيب» على وجه، وعلى وجه: للشفيع الأخذ بالشفعة، ويدفع المشتري للبائع القيمة والشفيع للمشتري القيمة.

قال: **وإن تحالفا[(٤)] على الثمن فله أن يأخذ بما حلف عليه البائع**؛ لأن إقرار البائع بالبيع يضمن حقًّا للمشتري وهو حصول الملك له بالثمن، وحقًّا للشفيع وهو استحقاقه أخذ الشقص][(٥)] بالثمن، فإذا بطل حق المشتري [بالتحالف][(٦)] لم يبطل حق الشفيع، كما لو أقر لاثنين بحق فكذبه أحدهما وصدقه الآخر.

ولا فرق في ذلك بين أن نقول: إن العقد ينفسخ بنفس التحالف أو لا ينفسخ إلا بفسخ[(٧)] الحاكم.

قال ابن الصباغ: لأن حقه[(٨)] ثبت بالعقد فلا يسقط باختلافهما.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: البائع حتى ترك.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في التنبيه: تحالف.
(٥) من أول قوله: «فإن قلنا عند التزاحم» إلى هنا سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في جـ: بنفس.
(٨) زاد في جـ: قد.

وعلى ذلك جرى القاضي الحسين وصاحب «البحر» وقالا: لا فرق [بين][(١)] أن نقول: ينفسخ في الظاهر والباطن أو في الظاهر فقط.

وفي الحاوي: إنا إذا قلنا: ينفسخ العقد بمجرد التحالف أو كان الاختلاف في عين الثمن، بأن قال البائع: بعتك بهذا الثوب، وقال المشتري: بل بهذا العبد، فليس للشفيع الأخذ؛ لبطلان البيع في الأولى، وعدم قدرة الشفيع على بذل عين الثمن الذي ادعاه[(٢)] البائع في الثانية.

وحكى الرافعي فيما إذا طلب الشفيع الأخذ بعد فسخه[(٣)] بسبب التحالف هل له فسخ[(٤)] ذلك والأخذ أم لا؟

[فيه][(٥)] الخلاف المذكور فيما إذا أراد الأخذ [بعد رد][(٦)] الشقص بالعيب، وهو كذلك في الإبانة، وجرى القاضي أبو الطيب على [مقتضى قوله في][(٧)] مسألة رد الشقص بالعيب.

وقال: له هاهنا رد الفسخ والأخذ.

فرع: إذا وقع الاختلاف بين البائع والمشتري بعد أخذ [الشفيع][(٨)] الشقص بما ادعاه [المشتري][(٩)]؛ فللشفيع أن يشهد على المشتري بما ادعاه البائع من الثمن، وليس للمشتري أن يرجع بالزائد على الشفيع إذا غرمه؛ لأنه لا يدعيه، ولو تعذر غرم المشتري له بغيبه[(١٠)] أو عسر، فهل يستحق البائع أخذه من الشفيع أم لا؟ فيه وجهان في الحاوي.

وهل للبائع أن يدعي على الشفيع ابتداء في هاتين[(١١)] الحالتين ويحلفه[(١٢)]؟ فيه وجهان بناء على الوجهين السابقين.

وقد أطلق الرافعي القول بسماع شهادة الشفيع للبائع، ومنع شهادته للمشتري؛ لأنه متهم في تقليل الثمن، ولعله يريد ما بعد الأخذ بالشفعة كما ذكرنا.

أما لو كان قبل الأخذ، فقد يتطرق إليه تهمة امتناع جريان التحالف المفضى إلى إبطال الشفعة على رأي، [والله أعلم][(١٣)].

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: أوفاه.
(٣) في أ: فسخها، وفي جـ: أخذها.
(٤) في أ: فسخها بسبب.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في أ: أو برد.
(٧) في جـ: قوله في مقتضى.
(٨) سقط في أ، جـ.
(٩) في أ: البائع من الثمن.
(١٠) في جـ: بعيبه.
(١١) في جـ: هذه.
(١٢) في جـ: ويحلف.
(١٣) سقط في جـ.

قال: وإن أنكر المشتري الشراء، وادعاه البائع أي: وأنه لم يقبض الثمن، أخذ من البائع؛ لإقراره بحق المشتري والشفيع [وقد][١] بطل حق المشتري بالتكذيب، فبقي حق الشفيع لتصديقه.

وهذا ما جزم به الماوردي، وبه قال عامة الأصحاب، كما حكاه القاضي أبو الطيب، وقال الإمام: إنه قول المزني، وهو الأصح.

قال: ودفع إليه[٢] الثمن؛ لأنه[٣] يندفع[٤] الضرر عن البائع بذلك.

قال: وعهدته عليه؛ لأنه منه أخذ وإليه دفع الثمن.

وفي «الشامل» و«تعليق» القاضي أبي الطيب أن البائع إن اختار أن يترك مخاصمة المشتري ويدفع الشقص إلى الشفيع ويأخذ منه الثمن، فله ذلك، وإذا دفع[٥] الشقص وأخذ الثمن؛ كانت عهدة الشفيع عليه، وإن اختار مطالبة المشتري فهل له ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه يحصل له المقصود [من جهة الشفيع فلا حاجة[٦] إلى خصومة المشتري][٧].

والثاني: له ذلك؛ لأنه ربما كان له غرض لكون المشتري أسمح من الشفيع وأسهل[٨] معاملة، وماله[٩] أقل شبهة.

فعلى هذا، إن حلف المشتري، أخذ البائع الثمن من الشفيع وكانت عهدته عليه، وإن نكل وحلف البائع، سلم الشقص إلى المشتري وأخذ منه الثمن وتكون عهدة الشفيع [عليه. انتهى.

وقد رجع حاصل ما قالاه إلى أنه يتعين على وجه أخذ الثمن من الشفيع وتكون عهدته][١٠] على البائع كما ذكره الشيخ.

[و][١١] على وجه: يقال للبائع: هل تريد أن تخاصم؟ فإن قال: بلى، يتوقف دفع الثمن إليه حتى يتبين له أي شيء يظهر، فإن ثبت البيع؛ دفع الثمن إلى المشتري ويرجع بالعهدة عليه، وإلا فالحكم كما قلناه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: وأخذ منه.
(٣) في جـ: لا.
(٤) في أ: يدفع.
(٥) في جـ: وقع.
(٦) زاد في جـ: به.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: أسمع.
(٩) في جـ: وما قاله.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في جـ.

وقد حكى هذا القاضي الحسين مع وجه ثالث عن ابن سريج أن القاضي ينصب قيمًا يقبض الثمن للمشتري من[1] الشفيع ويدفعه للبائع[2] وإذا خرج الشقص مستحقًّا رجع الشفيع بالعهدة على المشتري، وهل يرجع على قيم القاضي؟ فيه وجهان.

وسلك في «التهذيب» طريقًا آخر فقال: إذا قلنا: يأخذ الشفيع الشقص من البائع [ويقبضه الثمن][3] فهل للبائع مخاصمة المشتري ومطالبته بالثمن؟ فيه وجهان.

فإن قلنا: نعم، فإن حلف المشتري فلا شيء عليه، وإن نكل، حلف البائع وأخذ الثمن من المشتري وكانت عهدته عليه وما أخذه من الشفيع يترك في يده أم يؤخذ ويوقف[4]؟ فيه وجهان.

قال: وقيل: ولا يأخذ[5]؛ لأن الشفعة فرع للبيع[6]، فإذا لم يثبت الأصل؛ لم يثبت الفرع، وصار هذا كما لو أقر أحد الابنين بنسب أخ وكذبه[7] الآخر، فإن النسب لما لم يثبت [لم يثبت][8] فرعه وهو الإرث.

وهذا ما قال البندنيجي: إنه ظاهر كلام الشافعي، ويحكى عن ابن سريج. والقائلون بالأول فرقوا بين ما نحن فيه وبين النسب، فإن النسب يتضمن حقًّا له وحقًّا عليه، فإذا لم يثبت ما له لم يثبت ما عليه. وهاهنا قد ثبت ما له وهو الثمن، فثبت ما عليه، كذا حكاه ابن الصباغ.

قال: وإن قال البائع: أخذت الثمن، لم يأخذ الشفيع على ظاهر المذهب؛ [لأنه لا سبيل إلى دفع الثمن إلى البائع لإقراره بقبضه، ولا إلى المشتري لإنكاره استحقاقه، فلو سلط[9] الشفيع على الأخذ لكان بغير عوض، وذلك ممتنع، وبهذا قال ابن سريج، وأبو إسحاق، وابن أبي هريرة. [وللشفيع على هذا مخاصمة المشتري في الشفعة، وإحلافه على إنكاره الشراء][10].

وقيل: يأخذ لما تقدم، وهو الأظهر في الرافعي، وبه قال كثير من الأصحاب[11] كما حكاه الماوردي، والثمن يبقى في ذمة الشفيع، أو يأخذه

---

(١) في جـ: منه.
(٢) في جـ: للشفيع.
(٣) في أ: وأقبضه الشفيع الثمن.
(٤) في جـ: أو يوقف.
(٥) في التنبيه: يؤخذ.
(٦) في جـ: المبيع.
(٧) في أ: فكذبه.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ: ساوط.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في جـ: أصحابنا.

الحاكم ليحفظه إلى أن يدعيه صاحبه. أو يقال للمشتري عند طلب الشفيع: إما أن تقبضه أو تبرئ عنه، أو يؤخذ من الشفيع ويدفع إلى البائع، ويسترجع منه ما أقر بقبضه؛ ليكون هو الموقوف للمشتري في بيت المال؟ فيه أربعة أوجه؛ رابعها حكاه الماوردي، ولا يخفى أن محل هذا الخلاف إذا قلنا في المسألة الأولى: إنه يأخذ، [أما إذا قلنا في الأولى: لا يأخذ][١] فهاهنا أولى.

فرع: لو كان المشتري غائبًا حين أقر[٢] البائع بالبيع منه، واطلع الشفيع، قال القاضي الحسين قبل الكلام في مسألة الكتاب بسبع ورقات[٣]: إن الحكم كما لو كان حاضرًا وأنكر الشراء.

قال: وإن ادعى المشتري الشراء والشقص في يده والبائع غائب، فقد قيل، يأخذ؛ [لأنه[٤] أقر له بحق فيما في يده، فيلزمه الوفاء به، وهذا هو الأظهر.

وقال الإمام: الوجه القطع به.

فعلى هذا يكتب الحاكم ذلك في السجل[٥] وإذا حضر الشريك، فإن صدَّقه في دعواه الشراء فذاك، وإن كذبه انتزع الشقص من الشفيع][٦].

وقيل: لا يأخذ؛ لأنه أقر بالملك لغائب، ثم ادعى انتقاله إليه فلم يقبل قوله، فعلى هذا يكتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي فيه الشريك ليسأل عن ذلك.

ويقال لمن في يده العين: إن كنت صادقًا [في الشراء][٧] فسلم للشفيع[٨]. كذا قال القاضي أبو الطيب.

وحكى الإمام أن صاحب اليد لو سلم الشقص طوعًا إلى الشفيع ففيه[٩] جوابان: أحدهما، وبه قطع صاحب «التقريب»: أنا لا نتعرض لهذا.

والثاني: وهو الذي قطع [به][١٠] العراقيون تفريعًا على هذا القول: أنه لا يجوز.

وما ذكره الشيخ من الخلاف قال الإمام: إنه تردد محكي عن ابن سريج، وهو مخصوص بالشفعة، ولم يصر أحد إلى إزالة [يد][١١] من يدعي الشراء، ولا يجوز أن يكون في هذا خلاف، فإن الأيدي نراها تتبدل ولا يتعرض لها، و[١٢]

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: إقرار.
(٣) في جـ: أوراق.
(٤) في جـ: لأن.
(٥) في جـ: سجل.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: الشقص.
(٩) في أ: فيه.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ: ثم.

كما لا يتعرض لأصحاب [الأيدي][(١)]، كذلك لا يتعرض لانتفاعهم بما في أيديهم وهذا أصل مجمع عليه.

والخلاف الذي ذكره الشيخ يجري فيما لو ادعى حاضر أنه وكيل عن الغائب في البيع، وباع حصة الغائب وسلمها إلى المشتري، كما حكاه البندنيجي وقال: إن للشريك[(٢)] - على قولنا بجواز الأخذ إذا حضر وأنكر التوكيل - طلب الشفيع بأجرة الشقص، ويرجع بها الشفيع على الوكيل على وجه.

ويجري الخلاف الذي حكاه [الشيخ][(٣)] أيضًا فيما لو أراد صاحب اليد الذي ادعى الشراء من غائب أن يتصرف فيما في يده ببيع أو هبة أو رهن أو تصرف يستدعيه حقيقة الملك، كما حكاه الإمام.

فروع:

[**أحدها**:][(٤)] لو لم يتعرض من في يده الشقص إلى ذكر الشراء بل قال: هو ملكي بسبب هبة أو إرث ولا شفعة لك فيه، وادعى [الشفيع][(٥)] عليه الشراء فالقول قول من [في يده][(٦)] العين، وإن كان للشفيع بينة عمل بموجبها، وما حكم الثمن؟ فيه الثلاثة أوجه السابقة وإن لم يكن له بينة، فله تحليفه، فإن حلف فذاك.

قلت: وكان يتجه أن يتخرج تحليفه على أنه لو أقر، هل يأخذ منه أو لا؟ فإن قلنا عند إقراره: لا يأخذ؛ فلا فائدة في التحليف.

وإن نكل؛ حلف الشفيع أنه اشتراه.

وهل يلزمه أن يقول في يمينه: وأنه يستحق الشفعة؟ فيه وجهان في الحاوي.

والمذكور منهما في تعليق أبي الطيب: اللزوم، ثم إذا حلف كما ذكرنا حكم له بالشفعة، وفي الثمن: الأوجه.

ولو قال من في يده العين: أنا وكيل لمالكها الغائب ولم أكن أملكها فالقول قوله، فإن نكل؛ حلف الشفيع وحكم له بالشفعة.

قال الماوردي: ولا يكون ذلك حكمًا على الغائب بنقل ملكه إلى الشفيع، وإنما يكون رفعًا ليد الحاضر، ثم في الثمن وجهان:

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: الشريك.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: يدعي.

أحدهما: يقبض من [يد][(١)] الشفيع ويوضع في بيت المال حتى يحضر الغائب.

والثاني[(٢)]: يترك في ذمة الشفيع إلى قدوم الغائب، ويمكن من التصرف في الشقص بما لا يؤدي إلى استهلاكه، وإن باعه لم يمنع من بيعه. وهل يؤخذ بكفيل فيما يحصل[(٣)] عليه؟ فيه وجهان.

ولو اعترف من في يده الشقص بالشراء لغيره نظر، إن كان حاضرًا استدعاه الحاكم، فإن صدقه كانت الشفعة عليه.

وإن كذبه حكم بالشراء لمن هو في يده وأخذ منه بالشفعة.

وإن ادعاه لغائب أخذه الحاكم منه ودفعه إلى الشفيع، وكان الغائب على حجته إذا قدم.

قال ابن الصباغ: لأنا لو أوقفنا الأمر في الشفعة إلى حضور المقر له، كان في ذلك إسقاط الشفعة؛ لأن كل من يشتري شقصًا يدعي أنه اشتراه لغائب.

ولو قال: اشتريته لابني الطفل أو لطفل له عليه ولاية، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الشفعة لا تثبت؛ لأن الملك يثبت للطفل فلا تجب[(٤)] الشفعة بإقرار الولي عليه.

والثاني: تثبت لأنه يملك الشراء له فصح إقراره فيه، كما يصح في حق نفسه.

قال: وإذا أخذ الشقص لم يكن له أن يرده[(٥)] **إلا بعيب**، أما رده بالعيب؛ فلما في الإبقاء من الضرر، وأما عدم رده إذا كان في مجلس الأخذ؛ فلأنه إزالة ملك لدفع الضرر، فلم يثبت فيه الخيار كالرد بالعيب، وهذا ما صار إليه ابن سريج.

وقيل: [له][(٦)] **أن يرد بخيار المجلس**؛ لأنه تمليك مال بالثمن، فيثبت فيه خيار المجلس كالبيع، وهذا ما نص عليه في اختلاف العراقيين كما حكاه ابن الصباغ.

وقد حكى القاضي أبو الطيب في «التعليق» هذا الخلاف أيضًا في أنه إذا عفا عن الأخذ صريحًا، فهل له أن يعود إلى الطلب في المجلس [أم لا][(٧)]؟ وهو في العدة أيضًا.

وحكى البندنيجي ما حكاه القاضي من الخلاف تفريعًا على قولنا: إن خيار

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: والباقي.
(٣) في أ، جـ: حصل.
(٤) في أ: تثبت.
(٥) في التنبيه: يرد.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في جـ.

الشفيع في الطلب وتركه يمتد إلى مفارقة مجلس البلاغ، ونسب الأول إلى ابن سريج، والثاني إلى نصِّه في اختلاف العراقيين.

فعلى [هذا][١] لو فارق المشتري المجلس، وتخلف [فيه الشفيع][٢] ففي انقطاعه وجهان في النهاية.

قال: **وإن مات الشفيع انتقل حقه إلى ورثته**[٣] أي: إن مات قبل العلم بالشفعة ووجهه: عموم قوله ﷺ: «مَنْ خَلَّفَ حَقًّا فَلِوَرَثَتِهِ»[٤]؛ ولأنها[٥] حق مالي لازم؛ فانتقل إلى الورثة كالرد بالعيب.

لكن هل يثبت لهم على قدر أنصبائهم أو على [عدد][٦] رءوسهم؟ فيه ثلاث طرق: أظهرها: أنها على قدر الأنصباء.

وقال البندنيجي: إنها التي[٧] عليها شيوخ أصحابنا أبو العباس وأبو إسحاق وغيرهما.

والثانية: في المسألة قولان كما سبق، وهذه الطريقة مع الأولى مبنيان على أن الورثة يأخذون للموروث[٨] ثم يتلقون[٩] منه أو [يأخذون][١٠] لأنفسهم ابتداء؟

وفيه خلاف؛ فالأولى مبنية على الوجه الأول، والثانية مبنية على الوجه الثاني.

والطريقة الثالثة: القطع بأنها على عدد الرءوس؛ لأن للموروث[١١] من الشفيع حق تملك[١٢] الشقص [لا الشقص][١٣]، ومجرد الحق قد يسوَّى فيه[١٤] بين الورثة كحد القذف.

قال: **فإن عفا بعضهم عن حقه أخذ الآخر**[١٥] **الجميع أو يدع**؛ لأنها شفعة من[١٦] اثنين، فإذا عفا أحدهما عن حقه كان للآخر أخذ الجميع أو الترك كالشريكين، وهذا ما قال البندنيجي إنه المذهب.

وعلى مقتضى هذه الرواية[١٧] تجيء الأوجه السالفة[١٨] المجموعة من[١٩]

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: معه فيه.
(٣) في التنبيه: الورثة.
(٤) تقدم بلفظ: «من خلف مالا أو حقا فلورثته».
(٥) في أ: ولأنه.
(٦) سقط في أ.
(٧) في جـ: الذي.
(٨) في جـ: للمورث.
(٩) في جـ: ينقلون.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في جـ: الموروث.
(١٢) في أ: تمليك.
(١٣) سقط في جـ.
(١٤) زاد في أ: بينة.
(١٥) في التنبيه: كان للآخر أن يأخذ.
(١٦) في جـ: بين.
(١٧) في جـ: المادة.
(١٨) في جـ: السابقة.
(١٩) في أ: بين.

الطريقين، ومجموعها أربعة أوجه.

وقيل: إن عفو أحدهما كعفو الموروث [عن بعض حقه][(١)] فيجيء في [المسألة][(٢)] ثلاثة أوجه.

وهذا الخلاف ينبني[(٣)] على الأصل الذي ذكرناه في أنهم يأخذون لمورثهم أو لأنفسهم.

فرع: لو كان من جملة الورثة حمل فليس لوليه الأخذ بالشفعة [له][(٤)]؛ لأنه لا يتحقق ملكه، قاله ابن الصباغ وغيره.

فلو أخذ له ثم ظهر حيًّا صح ذلك الأخذ على أحد الوجهين كما حكاه العمراني في «الزوائد» في الوصية والرافعي هنا حكى [في][(٥)] جواز الأخذ في هذه الحالة[(٦)] وجهين:

قال: **وإن اختلف الشفيع والمشترى في قدر الثمن**[أي][(٧)] بأن قال المشتري: [هو][(٨)] ألف، وقال الشفيع: [بل][(٩)] خمسمائة [أو كان عرضًا وقال المشتري قيمته ألف، وقال الشفيع: بل خمسمائة][(١٠)] قال: **فالقول قول المشتري**؛ لأنه [العاقد فكان][(١١)] أعرف بالثمن [ولأن الشقص][(١٢)] ملكه فلا ينزع منه[(١٣)] إلا بقوله.

فإن حلف كان للشفيع أن [يأخذه بما حلف عليه][(١٤)] المشتري أو يدع.

وإن نكل حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه.

فإن قيل: قد حكيتم عن المتولي أن الأخذ بالشفعة كالإتلاف بالنسبة إلى جنس ما يغرمه فهلا جعلتم هاهنا كذلك حتى يكون القول قول الشفيع [كالمتلف][(١٥)].

قيل: إنما كان القول قول المتلف؛ لأنه ثبت في ذمته شيء [والمتلف عليه يدعي عليه][(١٦)] زيادة، الأصل فراغ ذمته منها، وهنا الشفيع يريد أن ينزع مال الغير ببذل يبذله، فلم يكن له ذلك إلا بما يقوله المشتري، كما ليس للمشتري أن يأخذ المبيع إلا بما يقوله البائع، كذا وجه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: حقه.
(٣) في أ: مبني.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: حالة الاختيار.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في جـ: ولأنه.
(١٣) في جـ: من يده.
(١٤) في أ: يأخذ بما قاله.
(١٥) سقط في أ.
(١٦) سقط في أ.

والماوردي ذلك وهو ظاهر عمَّن يقول: لا يملك الشقص إلا ببذل الثمن.

أما إذا قلنا: إنه يملكه[(١)] بمجرد الأخذ، فهو شبيه بما إذا أعتق شركًا له في عبد وهو موسر وقلنا: إنه يملك حصة الشريك ويعتق عليه دون دفع القيمة، والحكم في هذه الصورة إذا وقع الاختلاف في القيمة أن القول قول المعتق، تمسكا بأن الأصل فراغ ذمته من القدر الزائد.

ووجه الشبه: قدرة المعتق والشفيع على تملك [مال][(٢)] الآخر [بفعل أحد المتنازعين][(٣)] قهرًا.

وطريق الجواب أن يقال: الاختلاف في مسألتنا وقع في أمر دخل الوجود بفعل أحد المتنازعين، فكان المرجع فيه إليه؛ لأنه أعرف به.

والاختلاف في قيمة المعتق[(٤)] اختلاف في أمر مظنون لكل من المختلفين، فلم يكن أحدهما فيه بأولى من الآخر، ويرجح جانب المعتق[(٥)] بفراغ ذمته من القدر الزائد [والله أعلم][(٦)].

فإن قيل: لم لا يتحالفان كما يتحالف المتبايعان؟

قيل: لأن كل [واحد][(٧)] من المتبايعين مدع ومدعى عليه؛ فتحالفا لاستوائهما، وفي الشفعة الشفيع مدع وحده دون المشتري، بدليل عدم سماع بينة المشتري ابتداء، وإذا كان كذلك جعل القول قول المشتري؛ لتفرده بالإنكار، وهذا ما أورده الماوردي.

وقيل: لأن البائع والمشتري اتفقا [على السواء][(٨)] على وقوع الملك للمشتري[(٩)] وكل منهما مباشر للعقد، والاحتمال في قولهما على السواء. وهاهنا لم يتفقا على وقوع الملك للشفيع، والشفيع أجنبي عن العقد، فكان تصديق المباشر أولى.

وقيل: لأن البائع والمشتري يرجع كل منهما إلى شيء بعد التحالف، والشفيع لو جوز له التحالف لم يرجع إلى شيء بعده، فلا فائدة في تحليفه. وهذا قول أبي إسحاق.

و[اعلم أنه][(١٠)] لا خلاف [في][(١١)] أنه إذا كان لأحدهما بينة عمل بها، ويكفي فيها شاهد [ويمين ورجل][(١٢)] وامرأتان، ولا تسمع في ذلك شهادة البائع

---

(١) في أ: ملكه.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: العبد.
(٥) في جـ: العتق.
(٦) سقط في أ، جـ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ، جـ.
(٩) زاد في أ: يرجع.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في أ.

لا [للشفيع ولا للمشتري][(١)] وبهذا جزم العراقيون.

وقيل: تسمع شهادته لهما أما للشفيع فلأنه ينقض حقه [وهو ما صححه في «التهذيب» فيه، وأما المشتري؛ فلأنه لم يجر بشهادته نفعًا لنفسه والثمن ثابت له بإقرار المشتري.

وقيل: إن شهد للشفيع قبل قبض الثمن قبلت شهادته؛ لأنه ينقض حقه][(٢)] إذ لا يأخذ أكثر مما شهد به، وإن شهد بعده، لم تقبل؛ لأنه يجر إلى نفسه نفعًا من حيث إنه إذا قل الثمن قل ما يغرمه عند ظهور الاستحقاق.

وهذا ما حكاه في الإبانة.

والصحيح هو الأول لكونه شاهدًا على فعل نفسه.

ولو أقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه، ففي «الشامل» وغيره أن الذي حكاه الشيخ أبو حامد: أن بينة المشتري أولى كما أن بينة الداخل أولى من بينة الخارج، وأن القاضي أبا حامد قال: تتعارض البينتان، وأنه الأصح.

فعلى هذا على قول يسقطان، ويكون القول قول المشتري، وهو ما صححه في «التهذيب» وإيراد ابن الصباغ يقتضيه أيضًا.

وعلى قول: يستعملان القرعة.

وهل يحلف من خرجت له القرعة؟ فيه قولان كذا قال الماوردي [وابن الصباغ وغيرهما][(٣)].

وفي الرافعي أنا على [قول][(٤)] الاستعمال نوقف أو نقرع.

فرع: لو ادعى المشتري أن الثمن ألف، فقال الشفيع: هو دون الألف ولكن لا أعرف[(٥)] كم ينقص عنه، فله تحليف المشتري على أن الثمن ألف.

ولو قال الشفيع: لا أعلم [أنه ألف][(٦)] أو دونها، وطلب يمين المشتري على أنه ألف لتهمة رآها، فهل له ذلك؟ فيه وجهان في الحاوي.

قال: **وإن ادعى المشتري الجهل بالثمن**، أي بأن قال الثمن كف من الدراهم لا أعرف [قدرها][(٧)] أو صبرة من الحنطة لا أعرف كيلها، وقد تلف ذلك أو تعذرت معرفته، وقال الشفيع بل قدره كذا.

---

(١) في أ: الشفيع ولا المشتري.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: لا أعلم.
(٦) في أ: أن الثمن ألف.
(٧) سقط في أ.

قال: **فالقول قوله**؛ لإمكان صدقه، ويحلف على نفى العلم بالثمن، فإذا حلف فلا شفعة.

كذا نص عليه الشافعي وبه قال أبو حامد[(١)] المرْوَرُّوذِي والشيخ الإسفراييني؛ لأنه لا يمكن الأخذ بثمن مجهول، قال: **وقيل: يقال له: بيّن، وإلا جعلناك ناكلاً** كمن ادعي عليه ألف، فقال في جوابه: لا أعلم كم لك عليَّ [منه][(٢)].

فعلى هذا إذا لم يبين حلف الشفيع على مبلغ الثمن، وأخذ بالشفعة.

وهذا قول ابن سريج [وأبي علي][(٣)] بن أبي هريرة، وحملا ما نقل عن الشافعي على ما إذا كان الشفيع أيضًا جاهلاً بقدر الثمن.

وقد حكى الماوردي في صورة جهل الشفيع بالثمن أن له تحليف المشتري: إنه[(٤)] لا يعلم قدر الثمن وتسقط الشفعة.

وحكى البغوي فيها وجهين:

أحدهما: أن دعواه تسمع على المشتري بأنه عالم بالثمن، فإذا نكل حلف الشفيع[(٥)] على علمه بالثمن وحبس المشتري حتى يبين قدر الثمن.

وأصحهما: أن دعواه غير مسموعة على هذا النحو.

وطريق دعواه كما حكاه القاضي الحسين وكذا الرافعي عن ابن سريج وغيره أن يعين الشفيع قدرًا فإن ساعده عليه المشتري أخذ به وإلا حلَّفه على نفيه فإنْ نكل؛ استدل الشفيع بنكوله وحلف على ما عينه، وإن حلف المشتري زاد وادعى ثانيًا، وهكذا يفعل إلى أن ينكل فيحلف الشفيع، والصحيح [هو القول][(٦)] الأول.

ويخالف ما لو ادعى على شخص ألفًا فقال: لا أعلم كم يُستحق عليَّ منه، فإن المدعى - هاهنا - هو الشقص لا الثمن المجهول، وبتقدير صدق المشتري ليس له الأخذ بالشفعة فكان ذلك كإنكاره لولاية الأخذ.

وعلى هذا الخلاف لو قال: نسيت مقدار الثمن الذي اشتريت به وكذبه الشفيع.

وادعى الروياني [أن الماوردي][(٧)] والقفال وافقا ابن سريج وابن أبي هريرة في هذه الصورة [والله أعلم بالصواب][(٨)].

---

(١) في جـ زيادة المروزي.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في أ: بأنه.
(٥) في أ: المشتري.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في جـ.

ولنختم الباب بفروع تتعلق به:

إذا باع في مرض موته شقصًا قيمته ألفان بألف من أجنبي وثلثه يحتمله، ولوارثه شفعة في الشقص ففيما يصنع؟ خمسة أوجه:

أحدها: أن البيع يصح ولا يأخذ[١] الوارث بالشفعة.

أما صحة البيع مع المحاباة[٢]؛ فلكون المشتري أجنبيًّا، وأما عدم ثبوت الشفعة للوارث؛ فلأنها لو ثبتت كان المريض متسببًا إلى نفع[٣] وارثه بالمحاباة.

والثاني: أن البيع يصح ويأخذ الشفيع الشقص بالثمن.

والثالث: لا يصح البيع أصلاً[٤]؛ لأنه لو صح لتقابلت فيه أحكام متناقضة.

والرابع: يصح البيع في الجميع ويأخذ الشفيع ما يوازي الثمن [منه][٥]، ويبقى الباقي للمشتري محاباة.

والخامس: لا يصح إلا في القدر الموازي للثمن؛ لأنه لو صح في الكل فإن أخذه الشفيع وصلت إليه المحاباة، وإن أخذ ما وازى[٦] قدر المحاباة؛ كان إلزامًا لجميع الثمن ببعض المبيع، وهو خلاف وضع الشفعة.

وقد يقال في العبارة عن هذا الوجه إن ترك الشفيع الشفعة صحت المحاباة مع المشتري، وإلا فهو كما لو كان المشتري وارثًا فلا تصح المحاباة.

والأصح من هذه الأوجه عند العراقيين وصاحب «الإفصاح» والأستاذ أبي منصور والإمام [و][٧] البغوي: الثاني.

وعن ابن الصباغ الأول، [وهي تجري][٨] فيما إذا لم يجز الورثة عند كون المحاباة أكثر من الثلث، وصححنا البيع في قدر بعض المحاباة.

إذا شهد شاهدان بأن المشتري سلم الشقص المشفوع إلى الشفيع، وآخران[٩] بأن الشفيع سلم الشفعة إلى المشتري، ففيه أقوال لابن سريج.

أحدها: أن البينة بينة من في يده الشقص.

والثاني: بينة المشتري؛ لاحتمال أنه سلم الشقص قبل العلم بالعفو عن الشفعة، والأصل بقاء ملكه.

---

(١) في أ: يأخذه.
(٢) في جـ: بالمحاباة.
(٣) في أ: منع.
(٤) في أ: أيضا.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: ما وراء.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في أ، جـ: وهو يجري.
(٩) في جـ: وآخر.

والثالث: أن بينة الشفيع أولى، كذا حكاه صاحب «الإشراف».

والحيلة في إبطال الشفعة بالجوار مباحة قبل العقد وبعده.

قال البندنيجي: لأنها حيلة في إبطال ما ليس بواجب.

وأما الحيلة في إبطال [حق][(١)] الشفعة بالمشاركة فينظر فيها؛ فإن كان بعد وجوبها فلا يحل ذلك؛ لأنه حق[(٢)] قد وجب فلا يجوز[(٣)] السعي في إسقاطه، وأما قبل وجوبها كما إذا فعل شيئًا يزهد الشفيع فيها.

قال أبو العباس: يكره ذلك فإذا فعل صح.

وقال أبو بكر الصيرفي في كتاب «الحيل»: هو مباح كما حكاه[(٤)] البندنيجي.

وفي كلام[(٥)] الزبيلي في «أدب القضاء» له ما يدل على المنع، فإنه قال: إذا أراد أحد الشريكين في عقار أن يبيع نصيبه من غير شريكه، فلقنه إنسان أن يهب بعض نصيبه من المشتري ويبيع الباقي منه، فإن هذا التلقين لا يجوز؛ لأن فيه إسقاط حق الشفيع، والمشهور الأول، وقد ذكر الأصحاب في ذلك صورًا:

منها: أن يبيع الشقص الذي قيمته مائة بمائتين، ثم يأخذ عرضًا قيمته مائة عن المائتين.

وفي هذه الصورة غرر على المشتري.

ومنها: أن يشتري الشقص بمائة وهو يساوي خمسين، ثم يحط عن المشتري بعد المجلس خمسين.

وفيها أيضًا تغرير المشتري، فإنه قد لا يبرأ.

ومنها: أن يشتري عرضًا من المشتري بمائتين وهو يساوي مائة [ثم يعطيه [عن المائتين][(٦)] الشقص وهو يساوي مائة][(٧)] [لكن][(٨)] في هذه الصورة تغرير بالبائع[(٩)]، فإنه بعد شراء العرض [قد][(١٠)] لا يشتري منه بائعه الشقص بما عليه[(١١)]، وذكروا غير

(١) سقط في أ. (٢) في أ: العقد. (٣) في أ: يجيء.
(٤) زاد في أ، جـ: عنه. (٥) في أ: كتاب. (٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في أ. (٨) سقط في جـ. (٩) في أ: البائع.
(١٠) سقط في أ.
(١١) قوله: والحيلة في إبطال الشفعة بالجوار مباحة قبل العقد، وبعده.
قال البندنيجي: لأنها حيلة في إبطال ما ليس بواجب.
وأما الحيلة في إبطال الشفعة بالمشاركة فينظر فيها، فإن كان بعد وجوبها فلا يحل ذلك؛ لأنه حق قد =

ذلك صورًا[(١)].

وعندي صورة أخرى، وهي أن يستأجر المريد لشراء[(٢)] الشقص [الشقص][(٣)] مدة لا يبقى الشقص لأكثر منها، بأجرة يسيرة، ثم يشتري الشقص بقيمة مثله. فإن عقد الإجارة لا ينفسخ بهذا الشراء [على][(٤)] المذهب، ولو أراد الشفيع الأخذ لأخذ [الشقص مسلوب المنافع][(٥)] مدة بقائه[(٦)]، وهذا مما ينفر به[(٧)] الشفيع فيأمن المشتري المحذور [عن مطالبته][(٨)] والله [عز وجل][(٩)] أعلم[(١٠)].

= وجب، فلا يجوز السعي في إسقاطه، وأما قبل وجوبها كما إذا فعل شيئًا يزهد الشفيع فيها.
قال أبو العباس: يكره ذلك، فإذا فعل صح.
وقال أبو بكر الصيرفي في كتاب «الحيل»: هو مباح كما حكاه عنه البندنيجي.
وفي كلام الدبيلي في «أدب القضاء» له ما يدل على المنع، فإنه قال: «إذا أراد أحد الشريكين في عقار أن يبيع نصيبه من غير شريكه، فلقنه إنسان أن يهب بعض نصيبه من المشتري ويبيع الباقي منه، فإن هذا التلقين لا يجوز؛ لأن فيه إسقاط حق الشفيع، والمشهور الأول.
وقد ذكر الأصحاب في ذلك صورًا.
منها: أن يبيع الشقص الذي قيمته مائة بمائتين، ثم يأخذ عرضًا قيمته مائة عن المائتين.
ومنها: أن يشتري الشقص بمائة وهو يساوي خمسين، ثم يحط عن المشتري بعد المجلس خمسين.
وفي هاتين الصورتين تغرير على المشتري.
ومنها: أن يشتري عرضًا من المشتري بمائتين وهو يساوي مائة، ثم يعطيه عن المائتين الشقص، وهو يساوي مائة إلى آخر ما ذكر.
وهو صريح في أن الخلاف المذكور في كراهة ذلك، لا فرق فيه بين أن يكون مسقطًا للشفعة، أو مزهدًا فيها، وأن الدبيلي قائل بعدم الجواز مطلقًا، وليس كذلك، بل هو أعني أبا الحسين بن أحمد الدبيلي جازم بالجواز مع الكراهة فيما لا يمنع الأخذ، بل يزهد فيه كالتحيل في زيادة الثمر ونحوه وبالتحريم فيما يمنعه بالكلية، سواء كان مانعًا لأخذ الجميع، أو لأخذ البعض كما مثل المصنف، كذا رأيته في كتابه الذي نقل عنه المصنف وهو أدب القضاء المسمى «منهاج القضاء»، وهذه المسألة مذكورة في أواخره، وابن الرفعة إنما صور المسألة التي حكى فيها هذه الأوجه فيما يزهد خاصة، لا في مطلق التحيل، والحاصل أن ابن الرفعة توهم أن الدبيلي لا يقول بالفرق، فذكر ما ذكر وهو غلط فاحش، ورأيت في كتاب «الحيل» لابن سراق العامري أحد كبار الأصحاب ومتقدميهم استحباب الحيلة في دفع شفعة الجوار، وإطلاق تحريمها في المشترك ولم يفصل بين ما قبل البيع وبعده.
واعلم أن الكلام على الدبيلي قد ذكرته مستوفى في طبقات الفقهاء، فراجعه.

(١) في جـ: هذه الصورة. (٢) في أ: الشري. (٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ. (٥) في أ، د: الدار مسلوبة المنفعة.
(٦) في أ: بقائها. (٧) في جـ: منه. (٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) زاد في أ: بالصواب، وزاد في د: وقد نجز هذا الجزء بحمد الله وعونه وحسن توفيقه، ويتلوه، =

باب القراض

القراض: بكسر القاف لغة أهل الحجاز، وهو مشتق من القرض، وهو القطع.

يقال: قرض الفأر الثوب إذا قطعه؛ ومنه المقراض؛ لأنه يقطع به، فسمي هذا العقد بذلك؛ لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح.

وقيل: اشتقاقه من المقارضة وهي المساواة، والموازنة.

يقال: تقارض الشاعران: إذا ساوى كل واحد منهما صاحبه فيما ينشده من الشعر، فسمي هذا العقد به لتساويهما في استحقاق الربح.

وأهل العراق يسمون هذا العقد مضاربة؛ [لأجل أن كل واحد منهما تصرف بسهم في الربح، فلما حصل لكل منهما التصرف في الربح قيل:مضاربة](1).

كما يقال: مقاتلة ومشاتمة.

وقيل إنه مشتق من الضرب في الأرض وهو السفر؛ لأن أهل مكة كان أحدهم يدفع للآخر مالاً على أن يخرج به إلى الشام واليمن وغيرهما من المواضع، يبتغون فضل الله تعالى بجزء من الربح، فلذلك سُمِّي مضاربة.

ثم لزم [هذا](2) الاسم هذه المعاملة سواء خرج أو أقام(3).

ويقال للمالك من اللفظة الأولى: مقارِض بكسر الراء، وللعامل مقارَض

= إن يسر الله تعالى وأعان باب القراض، غفر الله لمصنفه ولمالكه ولكاتبه ولجميع المسلمين، آمين إنه قريب مجيب وحسبنا ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

يا قارئ الخط بالعينين تنظره — لا تنسَ صاحبه بالخير تذكره
وهب له دعوة لله خالصة — لعلها من صروف الدهر تنفعه

(1) سقط في أ. (2) سقط في أ.

(3) واصطلاحًا عند الشافعية: أن يدفع رجل إلى آخر مالاً ليتجر فيه، والربح مشترك.
ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٣٠٩، ٣١٠)، والإقناع (٢/ ٢٥٩).

بفتحها. ومن اللفظة الثانية يقال للعامل: مضارِب بكسر الراء؛ لأنه الذي يضرب بالمال[(١)]، ولم يشتقوا للمالك منها اسمًا.

وفي «البحر»: أن بعض أصحابنا قال: [إن][(٢)] المضارب اسم رب المال، وأن جماعة من العلماء قالوا به، وهو غلط.

وحقيقة القراض شرعًا: عقد يعقد على النقدين؛ ليتصرف فيه بالبيع، والشراء على أن [ما يكون][(٣)] في ذلك من ربح يكون بين المالك والعامل؛ إما نصفين، أو أثلاثًا، أو نحو ذلك كما شرطا.

والأصل في مشروعيته من الكتاب قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة:١٩٨] وفي القراض ابتغاء فضل الله وطلب نماء.

ومن السنة: ما روي أن النبي ﷺ: «ضَارَبَ لِخَدِيجَةَ بِأَمْوَالِهَا إِلَى الشَّامِ وَأَنْفَذَتْ مَعَهُ عَبْدًا [لِخِدْمَتِهِ] يُقَالُ لَهُ مَيْسَرَةُ»[(٤)].

وروي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: كان العباس إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه ألا يسلك به بحرًا، ولا ينزل به واديًا، ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل فهو ضامن، فرفع شرطه إلى النبي ﷺ فأجازه[(٥)].

وقد أجمع[(٦)] صحابة رسول الله ﷺ على جوازه، قال القاضي الحسين: ولا بد للإجماع من أصل ينعقد عنه، وهو عند بعضهم قياسًا على المساقاة، وإن كان مختلفًا فيه.

والجامع أنهما مالان تجب الزكاة في عينهما، ولا يجوز[(٧)] الاستئجار عليهما، ويطلب نماؤهما بكثرة العمل فيهما؛ فجاز المعاملة عليهما ببعض ما يخرج منهما: كالكروم، والنخيل.

---

(١) في أ: المال. (٢) سقط في أ. (٣) في أ: ما يرزقه الله تعالى.

(٤) أخرجه أبو نعيم فى الدلائل، ص (١١٣ - ١١٥).

(٥) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (١/ ٢٣١) برقم (٧٦٠)، والبيهقي فى السنن الكبرى (٦/ ١١١) كتاب القراض من طريقين وقال: تفرد به أبو الجارود زياد بن المنذر، وهو كوفي ضعيف كذبه يحيى بن معين وضعفه الباقون.
وذكره الهيثمي فى المجمع (٤/ ١٦٤) وقال: رواه الطبراني فى الأوسط وفيه أبو الجارود الأعمى، وهو متروك كذاب.

(٦) في أ: أجمعت. (٧) في أ: ولا يجب.

وقال الغزالي: مستند إجماعهم: أنهم ألفوا هذه المعاملة [في زمن][(١)] للنبي ﷺ شرعًا أغنى عن النقل، وقد نقلت فيه ما[(٢)] روى الشافعي في اختلاف العراقيين: أن أبا حنيفة روى عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصاري عن أبيه عن جده أن[(٣)] عمر ابن الخطاب - رضي الله عنه - أُعطي مال يتيم مضاربة فكان يعمل به في العراق[(٤)].

وروي أن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - أعطى العلاء بن عبد الرحمن مالا مقارضة[(٥)].

وروي أن عبد الله وعبيد الله[(٦)] ابني عمر لقيا عند مصرفهما من غزوة «نهاوند» أبا موسى الأشعري بـ «البصرة» إذ كان عاملاً عليها[(٧)] فقال [لهما][(٨)] أريد أن أصلكما وليس في يدي ما أصلكما به، وإنما معي مائة ألف درهم من مال بيت المال أدفعها لكما لتشتريا بها سلعة وتبيعانها بالمدينة، وتردان رأس المال على أمير المؤمنين، والربح لكما، فاشتريا [بها][(٩)] من أمتعة العراق، فربحا عليها[(١٠)] بالمدينة ربحًا كثيرًا.

فقال لهما عمر: أو كلَّ الجيش أسلف [مثل ما][(١١)] أسلفكما؟ فقالا: لا. فقال عمر -رضي الله عنه-: لا أراه فعل ذلك إلا لمكانكما مني، ردَّا المال وربحه، فسكت عبد الله، وراجع عبيد الله أباه فقال: يا أمير المؤمنين أليس لو تلف المال كان من ضماننا؟ فقال: بلى، فقال: الربح لنا، وأشار إلى أن الخراج بالضمان، فسكت عمر ساعة.

---

(١) سقط في أ. (٢) في أ: آثار. (٣) في أ: عن.

(٤) أخرجه الشافعي في الأم (٧/ ١٠٨)، وابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٣٩٠)، والبيهقي في معرفة السنن والآثار (٤/ ٤٩٨)، وذكره ابن حجر في تلخيص الحبير (٣/ ٥٧) وقال: البيهقي بسنده إلى الشافعي في كتاب «اختلاف العراقيين» أنه بلغه عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصاري، عن أبيه ، عن جده به.
وقال: قال ابن داود شارح المختصر: الرجل الذي أعطاه عمر المال هو عبيد الأنصاري قلت: وعبيد هو راوي الخبر، ولم أر في طريق الشافعي التصريح بأنه هو الذي أعطاه عمر، ولكنه عند ابن أبي شيبة عن وكيع وابن أبي زائدة، عن عبد الله بن حميد بن عبيد، عن أبيه، عن جده: أن عمر دفع إليه مال يتيم مضاربة.

(٥) أخرجه مالك (٢/ ٦٨٨) كتاب القراض، باب: ما جاء في القراض، برقم (٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١١١) بمعناه.

(٦) في أ: عبيد. (٧) في جـ: عليهما. (٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ. (١٠) في جـ: عليهما. (١١) في أ: كما.

ثم قال مثل قوله الأول: رُدَّا المال وربحه، فراجعه عبيد الله ثانيًا.

وأعاد قوله الأول، فعند ذلك قال عبد الرحمن بن عوف: لو جعلته قراضًا على النصف يا أمير المؤمنين، فأخذ منهما النصف، أي نصف الربح وترك النصف في أيديهما(١).

وقد ورد هذا الخبر بألفاظ أخرى رواها مالك.

قال الماوردي: وعلى هذا الأثر اعتمد الشافعي.

ووجه التمسك به كما قال القاضي أبو الطيب قول القائل: لو جعلته قراضًا، فلولا أنه [قد](٢) عرفه وخبره لم يقل ذلك، وعمر أجابه إليه ولم ينكره.

وقد اختلف الأصحاب في معنى جعل الربح في هذه القصة نصفين على أربعة أوجه:

أحدها: وبه قال ابن سريج أن ما جرى من أبي موسى كان قرضًا صحيحًا؛ لأن الطريق كان مخوفًا، والقرض في هذه الحالة جائز فكان جميع الربح لهما، لكن عمر -رضي الله عنه- استنزلهما عن الربح(٣) خيفة أن يكون أبو موسى قصد إرفاقهما لا رعاية مصلحة بيت المال.

الثاني: وبه قال أبو إسحاق أن عمر - رضي الله عنه - أجرى على ذلك في الربح حكم القراض الفاسد؛ لأنهما عملا على أن يكون الربح لهما، و [لو](٤) لم يكن قد تقدم في المال عقد حتى حملهما عليه، ومقتضاه أن يكون الربح لبيت المال، لكن أجرة مثلهما كانت قدر نصفه فسلمه لهما.

الثالث: أن عمر -رضي الله عنه- أجرى عليهما في الربح حكم القراض الصحيح وإن لم يتقدم معهما عقد؛ لأنه لما كان من الأمور العامة فاتسع حكمه عن العقود الخاصة، فلما رأى المال لغيرهما، والعمل منهما جعل ذلك عقد قراض صحيح، وهذا ذكره ابن أبي هريرة.

الرابع: حكاه القاضي الحسين أن ما فعله أبو موسى كان قرضًا فاسدًا؛ لأنه

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦٨٧، ٦٨٨) كتاب القراض، باب: ما جاء في القراض، برقم (١)، والشافعي في مسنده، ص (٢٥٢) كتاب الرهون والإجارات، برقم (١٢٣٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١١٠، ١١١)، وفي معرفة السنن والآثار (٤/ ٤٩٧، ٤٩٨).

(٢) سقط في أ. (٣) في جـ، د: الربع. (٤) سقط في أ.

كان سفتجة شرط عليهما الرد بالمدينة فجر منفعة وكل قرض جر منفعة [فهو][١] حرام، فكان ترك النصف لهما واسترداد النصف؛ لأنهما كانا اشتريا في الذمة ونقدا فيه المال، فكان كل الربح لهما غير أنهما لما ارتفقا بمال بيت المال، أراد عمر أن يحصل لبيت المال من جهتهما رفق في مقابلته، وإن اشتريا بعين ما دفع[٢] إليهما، فعلى قول الشافعي في القديم: العقد موقوف على إجازة المالك، وعمر قد أجاز ذلك، والله أعلم.

قال - رحمه الله-: **من جاز تصرفه في المال، صح منه عقد القراض**؛ لأنه تصرف في المال وهذا اللفظ وإن كان من جوامع الكلم؛ لأنه يشمل ما إذا كان المتصرف مالكًا أو وليًّا من أب، أو جد، أو وصيٍّ، أو حاكم، أو قيم كما صرح به في «الشامل» وغيره، فهو يدخل جواز القراض من الوكيل والعبد المأذون، وهو غير جائز منهما ويدخل عامل القراض وسنذكره ونبين أن كلا من المقارض والعامل يعتبر [فيه أن يكون أهلاً لجواز التصرف][٣] في المال؛ لأن عقد القراض به يتم، وهذا هو الأقرب إلى الفهم.

قال: **ولا يصح القِراض إلا على الدراهم والدنانير** أما صحته عليهما[٤] [فبالإجماع، وأما عدم صحته على ما عداها][٥] من ذوات [القيم وذوات][٦] الأمثال؛ فلأن القراض مشروط برد رأس المال واقتسام الربح، وعقده بغيرهما يمنع من هذين الشيئين؛ لأن من العروض ما لا مثل له، فلا يمكن رده، وماله مثل قد تكون قيمته حال العقد أكثر[٧] من قيمته حال الرد، وذلك يؤدي إلى أن يفوز العامل بجزء من رأس المال بغير عمل، وإذا كان هذا [ممنوعًا في القراض][٨] وجب منع ما يؤدي إليه.

ولا يقال: إن مثل هذا الاحتمال يجيء في الدراهم والدنانير؛ لأن سوقهما يرتفع مرة[٩] وينخفض [مرة][١٠] أخرى: لأن ذلك إن وقع فنادر لا يعتد به، ويسير لا يؤثر.

وقد وجه اختصاص هذا العقد بهما [معنى آخر][١١] وهو أن القراض معاملة

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: دفعه.
(٣) في أ: أن يكون ممن يجوز تصرفه.
(٤) في جـ: عليها.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ، جـ: أقل.
(٨) في أ: متسعًا.
(٩) في جـ زيادة وقد.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.

تشتمل على إغرار[(١)]؛ إذ العمل غير مضبوط، والربح غير موثوق به، وإنما جوِّز[(٢)] للحاجة؛ فيختص بما يسهل للتجارة عليه في جميع البلدان، وهو الدراهم والدنانير؛ لأنه يرغب فيهما كل واحد، ويؤخذ بهما كل شيء وتنفقان في كل مكان، وتروجان في كل زمان.

قال القاضي الحسين: وهذا أصح؛ لأن السبيكة من الذهب، والنقرة من التبر لا يوجد فيهما المعنى الأول غالبًا، ومع هذا يمتنع القراض عليهما للمعنى الثاني.

وقيل[(٣)] يجوز القراض على ذوات الأمثال، حكاه في «الإبانة».

وفي البيان عن المسعودي[(٤)] وقيل: يجوز القراض على الفلوس إذا راجت رواج النقود حكاه المتولي، وادعى الإمام الاتفاق على المنع فيها.

وقيل: إذا مات رب المال، ومال القراض عروض فقارضه الوارث عليه، صح، وإذا كانت قيمته معلومة، ولم يتعلق به حق؛ وهذا قول أبي إسحاق، وهو ظاهر المذهب؛ فإنه قال: فإن رضي الوارث بترك المقارض على قراضه، وإلا فقد انفسخ القراض.

قال القاضي أبو الطيب: والقائل بالمنع حمل النص على ما إذا كان رأس المال ناضًّا.

وقال القاضي الحسين: الخلاف مبنيٌّ على الخلاف في أن الوارث [هل يبنى على حول المورث أم لا؟][(٥)].

وعلى الوجهين يخرج ما إذا[(٦)] كان المال ناضًّا وقد جهل الورثة قدره،

---

(١) في جـ: إعواز. (٢) في جـ: جوزت. (٣) في جـ: لا.

(٤) قوله: ولا يصح القراض إلا على الدراهم والدنانير.

ثم قال: وقيل: يجوز القراض على ذوات الأمثال، حكاه في «الإبانة».

وفي «البيان» عن المسعودي انتهى كلامه.

ومقتضاه أن المنقول عنه أولًا هو صاحب «الإبانة» غير المنقول عنه ثانيًا وهو المسعودي، وليس كذلك بل هما متحدان هنا، وذلك أن الفوراني صاحب «الإبانة» والمسعودي لا شك أنهما متغايران، وهما معًا من تلامذة القفال المروزي إلا أن «الإبانة» لما وصلت إلى اليمن ظنها العمراني وغيره من اليمنيين أنها للمسعودي فصاروا ينقلون عن المسعودي، ومرادهم بأنه الفوراني، فحيث وقع في البيان المسعودي فمراده به الفوراني؛ كذا قاله ابن الصلاح وغيره، وتفطن في «المطلب» للصواب، فقال: وحكاهما في البيان عن المسعودي لظنه أن «الإبانة» حين وردت عليهم اليمن أنها له، هذا كلامه هنا، وليس مطردًا كما ستعرفه في «باب الرجعة». [أ و].

(٥) سقط في أ. (٦) في أ: لو.

وقارضوا[١] العامل عليه، صرح بها الماوردي .

وقال الإمام: ومن ذكر الوجهين في هذا المقام يلزمه أن يقول بهما إذا فسخ القراض في حال الحياة، ثم أعاده المالك والمال عروض، وقد امتنع بعض الأصحاب من جريانه في هذه الحالة، وهو ما جزم به المحاملي في «المجموع».

ولا خلاف في أن العامل لو مات ومال القراض عروض، فقارض رب المال وارثه عليها لم يصح.

قال أبو الطيب: والفرق أن عمل العامل قد هلك وتعذر بموته، وليس كذلك في موت المالك؛ لأن عمل العامل قائم بحاله.

وفرق في «الوسيط» بأن الوارث لم يشتر المال بنفسه؛ فتكون العروض كلًّا عليه بخلاف موت رب المال.

قال: **ولا يجوز على المغشوش منها**؛ لأن غش الفضة أو الذهب لو ميز عنهما ثم قارضه عليهما لم يصح، فكذلك إذا كانا مختلطين، وبالقياس على ما لو كان الغش أكثر من الفضة أو الذهب.

وقد وافق الخصم وهو أبو حنيفة على عدم الصحة في ذلك، وهذا هو المذهب المثبوت وقد صار إلى تجويز القراض على المغشوش إذا راج: الأقلون من المتأخرين كما حكاه الإمام بعد أن قال: قال القاضي: وأبعد بعض أصحابنا فجوز القراض على المغشوش إذا جرى نقدًا.

ومحله إذا كانت قيمته قريبة من مبلغ الخالص وقيمة النحاس ومؤن الطباعين؛ لأن أمثال هذه الدراهم لو فرض في جريانها ركود، لقل المقدار الذي يفرض فواته وجعل المتولي حكم القراض عليها مبنيًّا على جواز التعامل [بها][٢] وقد ذكرناه.

قال: **ولا يجوز**[٣] **إلا على مال معلوم الوزن** أي: والصفة حال العقد؛ لأنه موضوع على الفسخ[٤]، ورد المال عند المفاضلة وقسمة الربح على مقتضى الشرط وهذا متعذر مع الجهل. وبما ذكرناه من التعليل يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين رأس مال السلم[٥] حيث جاز مجهولاً على قول؛ لأنه لم يعقد ليفسخ حتى يرجع فيه برأس المال.

ويظهر أنه لو دفع للعامل[٦] عرضًا يبيعه ويكون ثمنه رأس مال لا يصح؛ لعدم

---

(١) في أ: فقارضه.
(٢) سقط في أ.
(٣) في التنبيه: ولا يصح.
(٤) في أ: النسخ.
(٥) في أ: يسلم.
(٦) في أ: إلى العامل.

المعرفة بالقدر والصفة حال[١] العقد مع أن في ذلك معنى آخر يقتضي البطلان لو[٢] فقد ما ذكرناه وهو التعليق، فإن القراض لا يحتمله وإن كان وكالة على وجه مخصوص، وجوزنا تعليق الوكالة لما سنذكره في موضعه، إن شاء الله تعالى.

فرع: لو دفع إليه كيسين في كل منهما ألف درهم معلومة الوصف على أن يكون أحدهما رأس مال والآخر وديعة؛ ففي صحة القراض وجهان في الطريقين.

أصحهما: المنع ولا يجري مقابله فيما إذا جعلهما رأس مال وشرط [له][٣] في أحدهما نصف الربح، وفي الآخر ثلثه ولم يعينه؛ كما حكاه الماوردي.

تنبيه: كلام الشيخ قد يفهم منع القراض على مال[٤] في الذمة [إذا قلنا: إن ما في الذمة ليس بمال][٥] وهو ما جزم[٦] به في «التهذيب» فيما إذا قارضه على ألف في الذمة ثم عين في المجلس [من غير بيان][٧]، وصرح به الماوردي وغيره فيما إذا كان المقارض عليه دينًا على الغير؛ سواء كان في ذمة العامل أو في ذمة غيره وأذن له في قبضه.

لكن الإمام حكى عن القاضي - فيما خالف فيه صاحب «التهذيب» - الجواز وقطع به، وكلامه في «البحر» يرشد إليه حيث قال: لو قال قارضتك على ألف درهم، وكان له على رجل ألف درهم، فقال: ادفعها[٨] إليه -صح، وهو قريب مما حكيته في قرض شيء في الذمة، ثم يعين في المجلس.

ووجه الفساد فيما إذا كان المال في ذمة غيره: عسر التجارة والتصرف فيما في الذمة؛ ولأن ما في الذمة لا بد من تحصيله أولاً، وسنذكر أنه لا يجوز في القراض ضم عمل إلى التجارة؛ كذا قال الإمام.

وفيه نظر؛ لأن مثل هذا العمل مغتفر في القراض، ألا ترى أن العامل يصح بيعه بثمن في الذمة بالشرط الذي سنذكره[٩]، ويتقاضى الثمن[١٠] من المشتري.

ووجه الفساد فيما إذا كان في ذمة العامل ما ذكرناه أولاً، وعدم صحة قبضه من نفسه لغيره.

وفي «البحر» حكاية وجه عن القاضي الطبري عن ابن سريج: أنه يصح القراض على ما في ذمته؛ لأنه [بمنزلة][١١] الوكيل؛ فأشبه ما لو قال: اشتر لي

---

(١) في أ: حالة.
(٢) في أ: أو.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في أ: ما.
(٥) في أ: من حيث إن الوزن صفة في الخارج.
(٦) في أ: صرح.
(٧) سقط في أ.
(٨) في جـ: ادفعه.
(٩) زاد في جـ: ذلك.
(١٠) في أ: الوفاء.
(١١) في أ: يتبين له.

سلعة بألف درهم، ثم [قال][١] ادفع الألف الذي [لي][٢] عليك في ثمنها.

وعلى المشهور لو وقع عقد القراض على الدين، وتصرف العامل على حكم القراض؛ نظر إن كان فيما قبضه من غيره، فتصرفه فيه واقع لرب المال، والربح والخسران عليه، وللعامل أجرة مثله فيما فعله من قبض وشراء وغيره.

وإن كان فيما عزله مما عليه من دين بعد قول رب المال[٣]: اعزل الألف الذي لي في ذمتك وقد قارضتك عليه. فهل يكون الربح [له][٤]، والخسران عليه أو على رب المال؟ فيه قولان خرجهما القاضي في جامعه.

وعلى الأول: وهو الأصح[٥] لا تبرأ ذمة العامل بذلك.

وعلى الثاني: تبرأ بالاتجار[٦] كذا قال الماوردي.

وفي الرافعي: أنه إذا عزل الألف وقارضه عليها، فإن اشترى بعين الألف، كان كالفضولي يشتري لغيره بعين ماله، وإن اشترى في الذمة، ونقد ما عزله، فوجهان:

أصحهما في «التهذيب»: أن الشراء للمالك، وهو[٧] الذي يقتضي إيراد البندنيجي في «التعليق» ترجيحه؛ فعلى هذا: يكون للعامل أجرة مثله.

والثاني: أنه للعامل؛ لأنه إنما أذن في الشراء بمال القراض إما بعينه أو في الذمة؛ لينقده فيه، فإذا لم يملكه فلا قراض.

وهذا أظهر عند الشيخ أبي حامد؛ وهذا الترتيب إيراد القاضي أبي الطيب، وابن الصباغ يوافقه.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: [أنه][٨] إن اشترى بعين الألف؛ فالربح والخسران على العامل، وإن اشترى في الذمة، وقع العقد لرب المال، وعليه أجرة مثل العامل، والربح له، والخسران عليه، ولا يلزم العامل أن ينقد الثمن من ماله، فإن نقده جاز، وسقط الحق عنه؛ لأنه أذن له فيه.

وأبدى احتمالاً في المسألة اقتصر الإمام ومن تابعه عليه، وهو أن ذلك يخرج[٩] على أصلين:

أحدهما: إذا قال شخص لشخص: اشتر لي بثوبك هذا الفرس، فاشتراه له

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ: الدين.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: الأصل.
(٦) في جـ: بالإيجاب.
(٧) في أ: هذا.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: مخرج.

[به][(١)] وسماه في العقد، فهل يقع العقد للآمر أم لا ؟ فيه وجهان: [فإن وقع له، فهل يكون الثوب معوضًا من الآمر أو موهوبًا له؟ فيه وجهان][(٢)].

وعلى القول بعدم وقوع العقد للآمر، هل يقع لمباشره أم يبطل؟ فيه وجهان.

وإن اشترى الفرس بالثوب [له][(٣)] ونواه في الشراء، فالحكم كما تقدم، إلا على قولنا: إنه لا يصح العقد للآمر فإنه في هذه الصورة يقع للمباشر وجهًا واحدًا.

والأصل الثاني: ما إذا قال له: اشتر لي خبزًا بدرهم من مالك، فاشترى له خبزًا بدرهم في الذمة فإن العقد يقع للآمر، وإذا وفاه المأمور، فهل يرجع به عليه؟ فيه وجهان.

فإذا اشترى العامل بعين الألف، فهو كما لو اشترى الفرس بعين الثوب، وإذا اشترى في الذمة، ونقد الألف، فهو كما لو اشترى الخبز ونقد ثمنه، والله أعلم.

ولا خلاف [في][(٤)] أن الألف لو كان في يده أو في يد غيره وديعة صحَّ القراض عليه، ولو كان في يده غصبًا؛ فكذلك على المذهب في «الشامل» وغيره.

وفيه وجه: أنه لا يصح.

قال الغزالي: ولعله غلط.

وعلى الأول هل يبرأ الغاصب بذلك؟ فيه خلاف قدمته في باب الغصب.

قال: ولا يجوز[(٥)] **إلا على جزء معلوم من الربح** [أي:][(٦)] كالنصف، والثلث، [والربع][(٧)] ونحوها نفيًا للغرر[(٨)]، والمرجع في قدر الجزء إلى ما يتفقان عليه حالة العقد؛ لأنه عقد على منفعة؛ فأشبه الأجرة والصداق، فلو أطلقا العقد كان قراضًا فاسدًا، يصح تصرف العامل فيه، وله أجرة مثله، ربح المال أم خسر ويخالف الشركة إذا أطلقت فإنها تقع صحيحة؛ لأن الربح فيها مقسوم على الأملاك وهي معلومة.

وفي «الحاوي» حكاية وجه عن ابن سُريج فيما إذا [قال][(٩)]: قارضتك ولم يزد على هذا: أن القراض جائز، ويقسم الربح بينهما نصفين؛ لأن ذلك هو الغالب،

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في التنبيه: يصح.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في أ: الضرر.
(٩) سقط في أ.

فحمل إطلاقه عليه، وغلطه فيه بأن الغالب لو كان معتبرًا في مثل[١] ذلك؛ لوجب إذا أطلق عقد البيع أن يصح بثمن المثل؛ لأنه الغالب وليس كذلك.

فرع: لو قال: قارضتك على أن لك من الربح مثل ما شرطه[٢] فلان [لعامله فلان][٣] فإن كانا يعلمان [مبلغ ذلك][٤] صح، وإن جهل أحدهما ذلك؛ فلا.

قال: [وإن قال][٥]: **قارضتك على أن الربح بيننا؛ جاز وكان بينهما نصفين**: كما لو قال: هذه الدار بيني وبين فلان فإنها تجعل بينهما نصفين، وإذا قال: بعتكما هذه الدار؛ كانت بينهما نصفين، وهذا قول أبي العباس، واختيار الشيخ أبي حامد.

قال: **وقيل: لا يجوز**؛ لأنه يحتمل [أن يكون][٦] بينهما نصفين وثلثًا وثلثين وأقل وأكثر، فلما لم يبين[٧] واحدًا من ذلك؛ كان العوض مجهولاً، وهذا كما لو قال: بعتك بألف مثقال ذهب [وفضة][٨]، فإن البيع لا يصح؛ وهذا ما صححه في «التهذيب».

قال: وإن قال: **على أن لك [نصف الربح][٩] صح**؛ لأن الربح نماء المال ومقتضى ذلك أن يكون[١٠] النصف جميعه لرب المال فإذا شرط للعامل منه شيء معلوم؛ بقي الباقي للمالك بالأصل.

وقيل: لا يصح؛ لأنه لم يبين ماله من المال.

قال: **والأول أظهر**؛ لما ذكرناه، وبه [جزم][١١] المراوزة وكذا الماوردي وجعل مسألة الوجهين فيما إذا قال: تصرف فيه بالبيع والشراء [على أن لك نصف الربح، وقاس وجه المنع على ما لو قال: تصرف فيه بالبيع والشراء][١٢]، ولي نصف الربح فإنه يكون قراضًا فاسدًا وجهًا واحدًا.

ويجري الخلاف الذي حكاه الشيخ فيما لو قال: قارضتك على [أن][١٣] المال بالنصف، [أو الثلث][١٤].

فعند ابن سريج يصح.

وعند أبي إسحاق المروزي: لا، كذا حكاه البندنيجي وغيره.

---

(١) في أ: أصل.
(٢) في أ: شرط.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ، وفي التنبيه: فإن قال.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: يتبين.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ، والتنبيه: النصف.
(١٠) زاد في أ: المال.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في أ: والثلث.

قال: **وإن قال: على أن لي النصف - لم يصح**؛ لأنه ذكر لنفسه بعض الربح الذي هو مالك لجميعه؛ فلم يكن فيه بيان لما بقي.

وهذا قول المزني كما حكاه الفوراني، وابن سريج كما حكاه البندنيجي، وأبو إسحاق، وابن أبي هريرة كما حكاه الماوردي .

وقيل: يصح حملاً على موجب القراض واشتراكهما في الربح، فصار البيان لنصيب أحدهما دالاً على أن الباقي للآخر، وهذا كما قال تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء:١١]، فإن[(١)] في ذلك دلالة على أن الباقي للأب، وهذا قول ابن سريج كما حكاه الماوردي والفوراني.

قال: **والأول أظهر**؛ لأن العامل لا يملك شيئًا إلا بالشرط ولم يوجد.

وعلى هذا الخلاف يبنى ما لو قال: قارضتك على أن لي نصف الربح، ولك ثلثه وسكت عن الباقي، فيكون على الأظهر قراضًا فاسدًا؛ للجهل بحكم السدس الباقي وعلى مقابله: يصح.

ولو انعكس[(٢)] الحال فقال: على أن لك نصف الربح ولي ثلثه، كان على الأظهر في المسألة قبلها [قراضًا صحيحًا. وعلى مقابله][(٣)] قراضًا فاسدًا.

قال: [**وإن شرط لأحدهما ربح شيء يختص به، لم يصح**. صورة ذلك: أن يدفع إليه [ألفين في كيسين][(٤)]، ويقول: لك ربح هذا أو لي ربح هذا، أو يقول: لك ربح ما يحصل في الثياب، ولي ربح ما يحصل في الدواب، أو نحو ذلك.

ووجه المنع: أنه قد لا يربح في أحدهما؛ فيؤدي إلى فوز[(٥)] المالك بعمل العامل مجانًا، أو العامل يفوز بنماء مال رب المال من غير أن يحصل له شيء، وذلك خلاف وضع القراض.

وهكذا الحكم فيما لو قال: قارضتك على أن لي من الربح درهمين، والباقي[(٦)] بيننا نصفين؛ لأنه قد لا يربح المال إلا درهمين؛ فيؤدي إلى ما ذكرناه.

ويخالفه لو قال: على أن لي أو لك الثلث والباقي بيننا، فإنه يصح؛ لأن أحدهما لا يفوز بالربح دون الآخر.

---

(١) زاد في أ: كان.
(٢) في أ: عكس.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: ألفًا في كيس، وألفًا في كيس.
(٥) في أ: أن يفوز.
(٦) في أ: الباقي.

وهكذا لو قال: على أن لك نصف الربح، وما بقي فثلثه لي وثلثاه لك صح؛ إن علما نسبة ذلك وإن جهلها أحدهما فعند القاضي الحسين: لا يصح.

وعند ابن الصباغ: يصح وحكى صاحب «التقريب» الوجهين.

فرع: لو قال: خذ هذا الألف قراضا، ولك ربح نصفه، ولي ربح نصفه؛ لم يجز خلافًا لأبي ثور وأبي سعيد كما حكاه المتولي.

ولو قال: ولك نصف ربحه، ولى النصف الباقي - صح.

والفرق أنه إذا جعل له ربح نصفها، صار منفردًا بربح أحد النصفين من غير أن يكون لرب المال فيه حق، [وعمل في النصف الآخر من غير أن يكون له فيه حق][(١)]، بخلاف ما لو قال: نصف ربحه؛ فإن هذا المعنى مفقود فيه.

وهذه طريقة ابن الصباغ والبندنيجي والماوردي، وحكاه المتولي عن ابن سريج وهو موافق لما حكاه القاضي الحسين عنه فيما لو قارضه على ألفين غير متميزين على أن يكون لرب المال ربح ألف وللعامل ربح ألف. وقال: عندي أنه يجوز؛ إذ لا تمييز بين الألفين، ولا فرق بين أن يقول: نصف الربح لك وبين أن يقول: ربح[(٢)] الألف من الألفين لك.

وقال الإمام: إنه متجه حسن، ولا وجه لما قاله ابن سريج إلا فساد اللفظ، فإن الذي يقتضيه موجب العقد قسمة الربح على الشيوع، فإذا قال: نصف الربح لك فهذا جار على الإشاعة، وإذا قال: ربح أحد الألفين لك، لم يوجد ذلك، والمعول في العقود على الألفاظ.

قال: **وإن قال: قارضتك على أن يكون الربح كله [لي، أو كله][(٣)] لك؛ فسد [العقد][(٤)]**. هذا الفصل ينظم مسألتين:

إحداهما: أن يقول: قارضتك على أن يكون الربح كله لي.

[والثانية: أن][(٥)] يقول: قارضتك على أن [يكون][(٦)] الربح كله لك.

والعقد[(٧)] فاسد فيهما؛ لأن وضع القراض يقتضي الاشتراك في الربح، وقد شرط الاختصاص [به لأحدهما][(٨)] فبطل؛ لكونهما شرطا ما ينافي مقتضاه.

قال ابن سريج: وأصل هذا أن كل لفظة كانت خالصة لعقد حمل إطلاقها

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: نصف.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: أو.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: فالعقد.
(٨) في أ: أحدهما.

عليه، فإن وصل بها ما ينافي متقضاه بطل.

قال: إلا أنه إذا تصرف [العامل][(١)] نفذ التصرف[(٢)]؛ لأن الإذن موجود، ولا فساد فيه، وبه يستفاد التصرف، قال: ويكون الربح كله لرب المال؛ لأنه نماء ملكه، وللعامل أجرة المثل؛ لأنه عقد يستحق المسمى في صحيحه؛ فاستحق أجرة المثل في فاسده كعقد الإجارة.

وفي المسألة الأولى وجه نسبه الماوردي إلى المزني: أنه لا يستحق أجرة المثل؛ لأنه عمل مع الرضا بأنه[(٣)] لا ربح له؛ فهو متطوع بعمله.

والصحيح الأول، وبه قال ابن سريج؛ لأنه عمل في قراض فاسد؛ فصار كالمنكوحة على غير مهر تستحق مع الرضا بذلك مهر المثل.

وحكى المراوزة في المسألتين خلافًا في أن [هذا][(٤)] الذي جرى، عقد قراض فاسد أم[(٥)] هو في الأولى إبضاع وفي الثانية عقد قرض؟ وبنوا ذلك على أن الاعتبار في العقود بألفاظها أو بمعانيها؟ فإن اعتبرنا الألفاظ[(٦)] كان قراضًا فاسدًا، وإن اعتبرنا المعنى، كان في الأولى إبضاعًا، وفي الثانية قرضًا؛ لأن ذلك معناهما.

وقالوا: إذا قلنا في الأولى: إنه قراض فاسد، فهل يستحق أجرة المثل؟ فيه وجهان:

وخرجوا على هذه القاعدة ما لو قال: باضعتك على أن الربح كله لك، فعلى قول من نظر إلى اللفظ، جعل الربح كله لرب المال، وجعل للعامل أجرة المثل؛ لأنه لم يعمل مجانًا.

وعلى قول من نظر إلى المعنى، جعل ذلك قرضًا.

ولا فرق في استحقاق أجرة المثل بين أن يحصل في المال ربح أم لا، بخلاف ما لو كان عقد القراض صحيحًا؛ فإنه لا يستحق شيئًا ما لم يكن في المال ربح.

قال القاضي أبو الطيب: والفرق أنه لما استحق المسمى وإن كان أكثر من أجرة المثل عند وجود الربح وصحة القراض، جاز ألا يستحق شيئًا إذا عري عن الربح حتى إذا كان له الفضل في الزيادة، كان عليه الضرر في النقصان. وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه لو كان في المال ربح فاضل عن أجرة المثل، لم يكن له، فكذلك إذا لم يكن فيه فضل استحق أجرة المثل، فتكون الزيادة لما لم تنفعه لا يضره النقصان.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: تصرفه.
(٣) في أ: به.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: أو.
(٦) في جـ: اللفظ.

وحكى الإمام عن شيخه وجهًا رواه أنه لا يستحق الأجرة إذا لم يحصل بعمله ربح، وقال: إنه لا اتجاه له.

[فرع:][1] قال: [وإن قال تصرف][2] والربح كله لي، فهو إبضاع، لا حق للعامل فيه، وإن قال: تصرف والربح كله لك فهو قرض؛ لأن لفظ تصرف محتمل التصرف على [جهة القراض وعلى جهة][3] غيره، وقد اقترن به ما يخلصه لأحدهما فغلب حكمه؛ كلفظ التمليك لما كان يحتمل الهبة والبيع إذا اقترن به العوض حمل على البيع لاعتباره فيه.

قال أبو العباس: وهذه القاعدة كل لفظة وضعت لعقدين فأكثر لم ينصرف إطلاقها إلى شيء، فإن عقبها ببعض ما يصلح لبعض تلك العقود؛ أخلصها له.

وفي الحاوي في الأخيرة حكاية وجه أنه يكون قراضًا فاسدًا؛ فيكون [الربح جميعه][4] لرب المال، وللعامل أجرة المثل وهو ما اختاره القاضي الحسين.

ولا نزاع في أنه لو قال: خذه واعمل فيه على أن الربح بيننا نصفين، كان قراضًا صحيحًا. ولو قال: خذه وتصرف فيه بالبيع والشراء، فمقتضى ما ذكرناه من القاعدة عن ابن سريج [ألا ينصرف][5] إلى شيء من العقود.

وقد حكى في «البحر» في ذلك وجهين: أحدهما: أنه إبضاع.

والثاني: أنه قراض فاسد.

ولو دفع إليه ألفًا وقال: اشتر به لنفسك، فهل يقع العقد للمباشر أم للآمر؟ فيه وجهان. فإن قلنا بوقوعه للمباشر، فهل الألف هبة منه أو [قراض؟][6] فيه وجهان في «تعليق» القاضي الحسين.

تنبيه: إبضاع بكسر الهمزة أي: [هو][7] بضاعة للمالك [ربحها][8] والعامل وكيل متبرع.

قال أهل اللغة: البضاعة: طائفة من المال يبعثها للتجارة، يقال[9]: أبضعت الشيء واستبضعته: أي جعلته بضاعة.

واعلم أن كلام الشيخ مصرح بأن القراض ينعقد [بلفظ القراض][10]، وهو لا

---

(١) سقط في أ.
(٢) في التنبيه: فإن دفع إليه المال فقال: تصرف.
(٣) في أ: وجه القراض وعلى وجه.
(٤) في أ: القراض كله.
(٥) في أ: أنه لا.
(٦) في أ: قراضًا.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: وتجارة.
(٩) في جـ: ويقال.
(١٠) في أ: بلفظه.

شك فيه وفي كلامه في صدر الباب ما يدل على افتقاره إلى[١] القبول حيث قال: صح منه عقد القراض، فإن العقود وضعها الافتقار إلى القبول، وقد صرح بذلك الرافعي و[غيره][٢]، وأثبته الإمام بلا خلاف.

وكما ينعقد القراض بلفظه[٣]، ينعقد بلفظ المضاربة [والمعاملة][٤] أيضًا، ويعتبر القبول فيه على الفور، كما في [عقد][٥] البيع ونحوه ولا يفتقر مع ذلك إلى قوله: «بِعْ مَا تَشْتَرِيهِ» على الأصح، وفي «النهاية» وجه ضعيف في الافتقار إليه كما يفتقر إليه في قوله - عند دفع المال إليه مقتصرًا على قوله: [اشترِ به][٦] على الأصح حتى لو لم يقل ذلك كان الربح كله لرب المال.

وينعقد أيضًا بقوله: خذ هذا الألف وتصرف فيه أو اتجر فيه على أن الربح بيننا مع القبول اتفاقًا، وكذا بدونه عند القاضي الحسين كما لو قال لمن يخاطبه: «بع عبدي» فإنه لا حاجة إلى القبول، بل يكفي قبضه والتصرف فيه، وبهذا جزم في «التهذيب»، واستبعده الإمام.

وحكي عن شيخه والطبقة العظمى من نقلة المذهب: أنه لا بد من القبول، ثم قال: وكيف لا يكون كذلك وهذه معاملة اختصت [بمعين][٧] وفيها استحقاق العوض والمعوض، فكيف تثبت من غير قبول، وبهذا خالف الجعالة؛ فإن إبهام العامل فيها جائز، والوكالة؛ فإنها إذن مجرد، وليس العوض فيها مستحقًّا.

وينعقد -أيضًا- بقول رب المال أو وارثه أو من يقوم مقامه بعد فسخ عقد القراض: تركتك أو أقررتك على ما كنت عليه على أظهر الوجهين عند الإمام، ولا ينعقد بذلك عند شيخه، وهو مفرع على منع انعقاده بالكتابة.

وهل ينعقد بلا لفظ من ألفاظ العقود، مثل أن يقول رجل لآخر: طلبت من فلان ألف درهم؛ ليكون قراضًا والربح بيننا نصفين، فأبى؛ فدفع إليه السامع ألفًا؟ فيه طريقان في «التتمة»، والصحيح عدم الانعقاد، وقال: إن طريقة الانعقاد مخرجة على جواز بيع المعاطاة.

فرع: لو شرط أن يكون للعامل ثلث الربح والثلث لرب المال والثلث لغلامه

---

(١) في جـ: على.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: بلفظ القراض.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: أشتريه.
(٧) في أ: بعين.

نظر في الغلام، فإن كان مملوكًا ولم يكن قد شرط عمله مع العامل صح، ويكون للعامل الثلث ولرب المال الثلثان؛ لأن المشروط لعبده مشروط له، كما أن الموصى به للعبد موصى به لسيده فإنه لا يملك.

وإن شرط أن يعمل معه فكذلك الحكم عند ابن سريج [وأبي إسحاق](١) وحذاق أصحابنا كما حكاه البندنيجي.

وبعضهم قال بعدم الصحة، ومأخذه اشتراط العمل كما سنذكره.

وإن كان الغلام أجيرًا قد انتهت مدة إجارته أو كان [قد](٢) شرط الثلث لوالد رب المال أو [لزوجته أو لأجنبي](٣) نُظِر إن لم يشترط عمله [مع العامل](٤)؛ لم يصح العقد، سواء كان الشارط العامل أو رب المال؛ لأن الربح في القراض يستحق بمال أو عمل، وهذا خارج عنهما ففسد العقد لفساد الشرط.

ولا يقال: ينبغي أن يصحَّ ويسلم للعامل ما شرطه ولرب المال الباقي.

فإن العامل إنما يستحق بالشرط وقد شرط له الثلث ورضي به، والربح نماء المال وهو ملك ربه، فإذا لم يحصل لمن شرط له [عاد إلى ملكه؛ لأنا نقول: العامل إذا كان هو الشارط فرضاه بالثلث، كان حصول الثلث لمن شرط له](٥) وقد يتعلق له بذلك غرض ولم يحصل، وإذا كان الشارط رب المال فهذا العقد لا بد فيه من القبول، وقبول الشرط شرط من القابل فكأنه شرطه كذا أشار إليه الإمام.

وإن شرط عمل المشروط له، قال في الحاوي: لا يصح إلا أن يتصادقا على أن ما سمى [له](٦) لرب المال ويكون ذكر ذلك على سبيل الاستعارة.

وقال البندنيجي: [يصح](٧) قولاً واحدًا، وكأنه قارض شخصين بالثلثين، وقراض الواحد لشخصين لا شك عند الأصحاب في جوازه، وكلام القاضي أبي الطيب يقتضي أن كلاً منهما مقارض على النصف، فإنه قال: إذا قارض رجل رجلين بألف صح، ويكون في حكم العقدين فكأنه قارض كل واحد منهما على الانفراد بخمسمائة، ثم قال: فإن قيل: فالمضاربان قد اشتركا في العمل وهذا تجويز شركة الأبدان.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: زوجته أو أجنبي.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في جـ.

فالجواب: أن كلا منهما عامل لرب المال، وليس في ذلك أكثر من أن المال مشاع، وذلك لا يوجب شركة الأبدان، كما لو كان العامل يتصرف في مال القراض وماله فإنه يصح، ولا يكون شركة، ويعمل في المال بحق الملك وبحق القراض، فكذلك هنا يكون كل واحد منهما يتصرف في نصف المال لحق القراض.

وقال ابن الصباغ: أوضح من هذا الفرق عندي أن يقال: كل واحد منهما يعمل على نصف المال [والربح](١) واشتراكهما في العمل لا اعتبار به؛ لاشتراكهما في المال: ألا ترى [أن](٢) في شركة العنان يعملان في المال، والربح بينهما على قدر المالين ولا اعتبار [باشتراكهما](٣) في العمل وإن كان له ثلثان في الربح وكذلك هاهنا.

وهذا [منه](٤) يدل على أنه مقارض في النصف ويعمل(٥) في الكل.

وكلام الإمام في هذه المسألة مختلف، وآخره يدل على خلاف ما دل عليه كلام ابن الصباغ: فإنه قال في أوائل الباب ما نذكره بالمعنى لا باللفظ و(٦) أطلق الأصحاب جواز مقارضة الرجل الواحد رجلين، والذي دل عليه ظاهر كلامهم فساد ذلك إن شرط ألا يستقل واحد منهما بالتصرف دون صاحبه؛ لما في ذلك من التضييق في التصرف.

وإن أثبت لكِل منهما استقلالاً بالتصرف(٧)، فهذا هو الذي جوزه الأصحاب.

ثم أبدى في أواخر الباب في هذه الحالة إشكالاً، وهو أن أحدهما لا يثق بتصرف نفسه؛ لاحتمال سبق الآخر [بالتصرف.

وقد يتفرع عليه أن أحدهما إذا عمل ولم يعمل الآخر](٨) شيئًا فيستحيل أن يستحق من لم يعمل شيئًا، ويجب أن يكون المشروط للعامل وهو مشكل؛ لأنه لم يشترط له الربح وحده، ثم يلزم منه إذا قيل بذلك أن يختلف الربح بمقدار العملين وهذا أمر لا ينضبط.

ثم قال: ونحن نقول - [من](٩) بعد - مقارضة رجلين على أن يستقل كل واحد منهما بالتصرف في جميع المال فاسد لا شك فيه؛ لما أشرنا إليه فلتخرج

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ: في اشتراكهما.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: والعمل.
(٦) في جـ زيادة هو.
(٧) في جـ: التصرف.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.

هذه الصورة عن[(١)] إرادة الأصحاب للحكم بالصحة، وأما إذا قارض رجلين على ألا ينفرد واحد منهما بالتصرف فهذا يتضمن حجرًا على كل واحد منهما، فقد قدمنا أن المالك لو شرط على العامل أن لا يمضي أمرًا حتى يراجع رجلاً عيّنه أو رب المال؛ فالقراض فاسد، لكن يعارض هذا الحجر في مسألتنا التعاون[(٢)] والتناصر، وهذا يزيد أثره على ما ينحسم[(٣)] بالحَجر.

وينفصل رجوع [أحد][(٤)] العاملين إلى الثاني عما ذكرناه من الفساد باشتراط مراجعة ثالث أو رب المال بأن الثالث لا حظَّ له في الربح فقد يتبرم[(٥)] بالمراجعة وذلك يجر عسرًا في التصرف بخلاف العاملين، وبأن التصرف إذا توقف على مراجعة المالك كان في حكم الهابط بالكلية، وما يسقط استقلال العامل [فإنه][(٦)] ينافي وضع القراض.

ويتجه: أن يحمل ما قاله الأصحاب على كون كل واحد من [المقارضين مقارضًا][(٧)] في قسط من المال، وقد ذكرنا أن الشيوع غير ضائر، وكلام[(٨)] الأصحاب في التفريع يشير إلى ذلك فإن مما[(٩)] ذكروه أنه لو قارض رجلين وجعل نصيب أحدهما من الربح أقل جاز، وهذا إنما يفرض إذا كان كل منهما مقارضًا في قسط منفردًا فيه بمعاملة المالك، ولو قدرنا صحة مقارضة رجلين على التناصر؛ فهما كالعامل الواحد في جميع المال، [فليس لرب المال][(١٠)] الاحتكام بتفضيل أحدهما على الثاني، فخرج من مجموع ما ذكرناه ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقارضهما على أن يتصرف كل منهما في[(١١)] جميع المال، وهذا باطل لا شك فيه.

والثاني: أن يتعاونا على العمل في الجميع؛ فهذا محتمل والأظهر البطلان؛ لما ذكرناه آخرًا.

والثالث: أن يجعل كلا منهما عاملا في شطر المال، وهذا جائز لا يرده رادٌّ وقد قال الشافعي: تعدد المقارض يتضمن تعدد القراض. ولا محمل[(١٢)] لكلامه

---

(١) في أ: على.
(٢) في أ: التعارف.
(٣) في أ: يزيد.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: يلتزم.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في أ: العاملين معارضًا.
(٨) في أ: وكذلك.
(٩) في أ: ما.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: على.
(١٢) في أ، جـ: منحل.

إلا ما ذكرناه آخرًا، [وقد][(١)] قال بعد ذلك بورقتين:

فرع: ذكر العراقيون مسألة عن ابن سريج وهي أنه لو قارض رجل رجلين على مال وحصل في يدهما ثلاثة آلاف درهم، فقال رب المال: الربح ألف ورأس المال ألفان وصدقه أحد العاملين وقال الآخر: [بل][(٢)] الربح ألفان ورأس المال ألف فإنه يأخذ من الربح خمسمائة بعد حلفه ويقسم الخمسمائة الباقية من الربح بزعم رب المال والآخر بينهما أثلاثًا؛ لرب المال ثلثاها وللمصدق ثلثها، وهو[(٣)] جواب حسن.

وفي تفريعه ما يدل على [أن][(٤)] مقارضة الرجل [الواحد][(٥)] لرجلين على صفة التناصر والتعاون جائزة وفيه ما تقدم من الإشكال، وليس عندي نقل صريح في إفسادها والذي قدمته من التقسيم والتفصيل احتمال أبديته وليس عندي أيضًا نقل في فساد القراض عند استقلال كل منهما بالعمل من غير مراجعة الثاني، وإنما قلته عن احتمال، والذي أشار إليه الغزالي في «الوسيط» صحة القراض في حالة التعاون، والله أعلم.

فرع: إذا قارض اثنان رجلا على مال صح إذا بينا نصيب العامل من الربح وكون الباقي يكون بينهما على نسبة مالهما، ولا فرق بين أن يتساويا فيما يشترطانه للعامل كالنصف مثلاً أو يتفاضلا، مثل أن يشترط له أحدهما نصف ربح ماله، والنصف الآخر [له][(٦)]، ويشترط له الآخر ثلث ربح ما له، والباقي له.

ولو كان مالهما ألفًا على السواء فشرط له أحدهما الثلث والآخر النصف، وشرطا أن يقسم الفاضل عن نصيب العامل من الربح بينهما؛ فسد؛ لما فيه من شرط ربح لمن ليس بمالك ولا عامل وهو الشارط للنصف.

قال: **ولا يجوز إلا على التجارة في جنس يعم وجوده**، أي: كالثياب والطعام والحيوان، ونحو ذلك. أما اعتبار التجارة؛ فلأن القراض شرع رخصة لحاجة من معه مال إلى تحصيل الأرباح فيه بالتجارة، وهو لا يحسنها مع كونه لا يمكنه تحصيل المقصود منها [إلا][(٧)] بالاستئجار على أعمالها؛ لكونها غير مضبوطة فاغتفر فيه الجهالة بالعوضين كذلك كما اغتفرت في أعمال المساقاة.

وغير التجارة من الأعمال كما إذا قارضه على أن يشتري الحنطة ويطحنها

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: وهذا.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.

ويخبزها ويبيعها ويكون الربح بينهما، أو الغزل لينسجه أو الثياب ليقصرها أو يصبغها يمكن تحصيل المقصود منها بالاستئجار؛ فلا ضرورة ولا حاجة إلى ارتكاب جهالة يستغنى عنها.

ومن هذا القسم ما إذا قارضه على أن يشتري مركبًا يعمل عليها، أو شبكة ليصطاد بها، أو أشجارًا لأجل ما يحصل منها من ثمار، أو حيوانًا لأجل دره ونسله، وإذا اتفق ذلك كان ملك ما اشتراه لرب المال، وللعامل الأجرة الحاصلة من العمل على المركب وما حصل من صيد له، وعليه أجرة المركب والشبكة.

وأما اعتبار عموم الوجود فيما يحصل فيه التجارة(١)؛ فلأن المقصود بالقراض(٢) تحصيل الأرباح وذلك إنما يكون غالبًا فيما يعم وجوده فاختص به.

قال: **فإن علقه على ما لا يعم** أي: كما إذا قارضه على أن يشتري العود الرطب في موضع لا يكثر فيه، أو الياقوت الأحمر أو الخيل البلق(٣) أو الغلمان الحسان الوجوه أو الصيد في موضع لا يكثر فيه.

قال: **أو على ألا يشتري إلا من رجل بعينه لم يصح**؛ لأن في ذلك إخلالاً بمقصود العقد، وقد لا يكون عند من عينه ما يتوهم العامل حصول الربح فيه، أو لا يبيع إلا بثمن غال، ولا فرق في ذلك بين أن يكون ذلك الرجل بيعًا يجلب إليه الأمتعة ولا ينقطع عنه في الغالب، أو لا.

وحكى القاضي أبو الطيب [عن](٤) الماسرجسي أنه جوز فيما إذا كان الرجل بيعًا، وكما يمتنع القراض إذا شرط على العامل الشراء [من رجل بعينه، يمتنع إذا شرط عليه البيع من رجل بعينه، أو شرط عليه الشراء](٥) والبيع من حانوت بعينه، بخلاف ما لو شرط عليه أن لا يشتري ولا يبيع إلا في سوق بعينه فإنه يصح؛ فإن السوق المعينة كالنوع العام والحانوت المعين كالعرض المعين، قاله الماوردي.

فرع: لو اشترى العامل في القراض على الحنطة حنطة وطحنها من غير شرط؛ كان متعديًا وعليه ضمان ما نقص بسبب الطحن، وهل ينفسخ عقد القراض بذلك؟ فيه وجهان في «تعليق» القاضي الحسين.

أحدهما: لا؛ لأن الربح حصل على تلك العين التي اشتراها للقراض، فصار كما لو سافر بغير إذن وتصرف يستحق الربح [كذا هنا مثله](٦)، وهذا ما أبداه

---

(١) في أ: استئجاره.
(٢) في جـ: القراح.
(٣) في جـ: الفلق.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: كذلك هاهنا.

الإمام احتمالاً مقيسًا[(١)] على ما إذا اشترى عبدًا صغيرًا فكبر وباعه، فإنا لا نعرف خلافًا في أن ربحه مقسوم بينهما وإن كان ما يفرض من فائدة فهي حاصلة من التغيير الذي لحق الرقيق.

والثاني: أن القراض ارتفع؛ لأنه أمره بالتصرف في الحنطة وهو يريد التصرف في الدقيق وليس له ذلك، ولو باع الدقيق أو الخبز؛ لم ينعقد البيع، ولكن الربح الذي حصل من الحنطة لهما، وهذا ما نسبه الإمام إلى القاضي وطوائف من المحققين وأنهم[(٢)] بنوا عليه ما إذا أمر رب المال العامل، فطحن الحنطة، أنه يصير بذلك فاسخًا لعقد القراض.

وجعل الرافعي الأول أظهر، وهو الذي جزم به في «التتمة»، وكذا في «التهذيب»، لكنْ سوّى في ذلك بين ألا يكون رب المال قد أذن له في شراء الحنطة كما ذكرنا وطحنها وبين أن يكون قد أذن له في التصرف مطلقًا، فاشترى الحنطة وطحنها. وعلة القاضي في الوجه الثاني ترشد إلى أنه إذا أذن له في التصرف مطلقًا أن القراض لا ينفسخ؛ لكن الإمام حكى[(٣)] عنه أنه علله بأن الربح يحال على التغير الحاصل بفعله وغير التجارة لا يقابل بالربح المجهول، وهذه العلة تقتضي [تعميم][(٤)] جريان الخلاف.

تنبيهان:

أحدهما: المراد بعموم الوجود حالة العقد في الموضع المعين للتجارة، ولا يعتبر عموم وجوده في سائر الأزمان والأمكنة حتى يصح القراض على الثمار الرطبة إذا كانت موجودة، وإن كانت مفقودة لدى العقد فلا يصح، فإذا صح فهل ينقطع بانقضاء زمنها أو يبقى القراض مستمرًّا حتى إذا جاء أوانه تصرف فيه؟ فيه وجهان كذا صرح به الماوردي.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه [إذا قال][(٥)] قبل إدراك البطيخ: قارضتك على أن تتصرف في البطيخ إذا أدرك؛ ففي صحة القراض وجهان، وهذا تفريع على صحة القراض عليه ناجزًا إذا كان موجودًا وهو الصحيح، وفيه وفي الثمار الرطبة وجه حكاه ابن الصباغ عن بعض أصحابنا: أنه لا يجوز القراض عليه أخذًا من قول الشافعي: إذا شرط أن يشتري صنفًا موجودًا في [الشتاء والصيف][(٦)]

---

(١) في أ: مبنيًّا.
(٢) في أ: فإنهم.
(٣) في جـ: قال.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: لو قيل.
(٦) في أ: العقد.

فجائز، وهو ما مال إليه القفال وجزم به في «التهذيب» أخذًا من منع تأقيت القراض، حتى لو قال: قارضتك على أن تعمل في الثمار الرطبة ثم بعدها في كذا؛ صح اتفاقًا.

والذي جزم به الشيخ أبو حامد، الأول وانفصل القائلون به عن تأقيت القراض بأن المدة المعينة قد تنقضي قبل بيع ما عنده من العروض فيمتنع عليه التصرف فلذلك فسد، وهذا النوع ما دام باقيًا في يد العامل لم ينته زمنه؛ فيكون القراض باقيًا.

الثاني: أن كلام الشيخ يدل بمنطوقه على اشتراط تعيين جنس ما يقارض عليه وهو يخرج القراض العام - وهو ما إذا قال: قارضتك على أن تتجر فيما أردت[(١)] من أصناف الأمتعة وأنواع العروض - وقد صرح الماوردي وغيره بجوازه.

وبمفهومه على أن تعيين النوع من الجنس لا يشترط وهو قضية ما حكاه في «المهذب» وغيره فيما إذا قارضه على أن يتجر في البز[(٢)] أن له أن يتجر في أصنافه من المنسوج من القطن والإبريسم والكتان، وما يلبس من الأصواف.

ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش؛ لأنه لا يقع عليه اسم البز[(٣)] وهل يجوز أن يتجر في الأكسية البَرَّكانية[(٤)] والثياب المخيطة كما هو في الثياب؟ فيه وجهان وقد قال الرافعي: إن الخلاف في اشتراط [تعيين][(٥)] نوع يتصرف فيه مثل الخلاف المذكور في الوكالة.

[ومقتضى هذا أن يكون التعيين شرطًا هاهنا عند الشيخ كما صح كونه شرطًا في الوكالة][(٦)].

والظاهر وهو الذي أورده الإمام أنه لا يشترط؛ لأن الوكالة نيابة محضة، والحاجة تمس إليها في الأشغال الخاصة، والقراض معاملة يتعلق بها غرض كل من المتعاقدين، فمهما كان العامل أبسط يدًا كان أفضى لمقصودها.

قال: [**ولا يصح إلا أن يعقد في الحال، فإن علقه على شرط لم يصح**][(٧)]؛ لأنه عقد يلزمه العوض، فلم يصح تعليقه على شرط كالإجارة، ولأنه[(٨)] عقد يبطل بالجهالة في رأس المال وإبهام العوض وهو الربح؛ فلم يجز تعليقه على

---

(١) في أ: يثبت.
(٢) في أ: البر.
(٣) في جـ: البر.
(٤) في جـ: البركانية.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) زاد في أ: كالإجارة.
(٨) في جـ: لأنه.

شرط؛ [كالسلم. وكما لا يصح تعليقه على شرط لا يصح تعليق][(١)] التصرف على شرط.

وفيه وجه: أنه يصح كالوكالة، وهو قريب من الوجه الذي تقدم في صحة القراض على البطيخ في غير أوانه.

قال: **وإن عقده إلى شهر على ألَّا يبيع بعده؛ لم يصح**؛ لأن وضع القراض أن يعلم كل منهما ما له من الربح عند المفاضلة، وذلك لا يمكن إلا بنضوض الثمن، والثمن لا ينض إلا بالبيع، وقد لا يتسع الوقت له قبل انقضاء الشهر، وهو بعده ممتنع فكان مخالفًا لمقتضى العقد فأبطله.

قال: **وإن عقده إلى شهر على ألَّا يشتري بعده** أي وجعل له البيع؛ **صح**؛ لأنه لو عقد مطلقًا ملك رب المال منعه من الشراء أي وقتٍ شاء؛ فلم يكن فيما شرطه منافاة لمقتضى العقد، وهذا ما جزم به الماوردي وأبو الطيب وابن الصباغ.

وفي «المهذب» وغيره حكاية وجه: أنه لا يصح[(٢)]، ونسبه الروياني في «البحر» والمحاملي في «المجموع» إلى حكاية أبي الطيب الساوي فيما علقه من الزيادات على الشرح[(٣)] عن أبي إسحاق، والإمام إلى رواية العراقيين عن أبي الطيب بن سلمة، وقال الرافعي: إنه لا يكاد يوجد في كتبهم، وكأنه اشتبه عليه أبو الطيب بأبي الطيب.

وقال ابن يونس: إن هذا الوجه ظاهر المذهب، ووجهه القاضي الحسين بأنه شرط ارتفاع العقد الذي قضيته [على][(٤)] الإطلاق لوجود معنى مُفسِد[(٥)]، كما إذا

---

(١) في أ: لا يصح عقده في الحال ووقوف.

(٢) قوله: قال: وإن عقده إلى شهر على ألا يشتري بعده، أي وجعل له البيع صح؛ لأنه لو عقد مطلقًا ملك رب المال منعه من الشراء، أي وقت شاء، فلم يكن فيما شرطه منافاة لمقتضى العقد.
وفي «المهذب» وغيره وجه أنه لا يصح. انتهى.
وتقييده بقوله: أي وجعل له البيع مقتضاه أنه لا بد في جريان الوجهين من هذا الشرط حتى لو نهاه عن الشراء، ولم يصرح بجواز البيع لا يكون على الوجهين بل يجزم بالبطلان، وقد خالف ذلك في «المطلب» فقال: والخلاف في المسألة يظهر جريانه فيما إذا قال: قارضتك إلى شهر على ألا يشتري بعده، وسكت عن البيع نفيًا وإثباتًا، وكلام الشيخ في «التنبيه» يدل عليه، هذا كلامه، ولم يذكر ما يخالفه، واعلم أن الغزالي في «الوسيط» و«الوجيز» صور المسألة بما إذا صرح أيضًا بجواز البيع كما في «الكفاية»، فتبعه الرافعي في الشرحين والنووي في «الروضة» عليه، وصور المسألة في «المحرر» بما صورها في التنبيه، وتبعه عليه في «المنهاج». [أ و].

(٣) في جـ: الشيوخ. (٤) سقط في أ، جـ. (٥) في جـ: يفسد.

شرط أن تبين منه إذا أصابها في النكاح، وعلى الأول يتفرع مسألتان:

الأولى[(١)]: لو قال: خذ هذا المال ما أقام العسكر اقتراضًا أو إلى قدوم الحاج، وأراد فسخه بعد ذلك دون منع البيع، فيه وجهان في الحاوي؛ وجه الفساد: جهالة المدة.

الثانية: لو قال: قارضتك شهرًا، مقتصرًا على هذا، فالأصح فساد القراض؛ لأن قضية انتهاء القراض امتناع التصرف بالكلية.

وفيه وجه أنه يصح؛ لأنه عقد جائز يصح مطلقًا، فصح مؤقتًا؛ كالعارَّية، ويحمل[(٢)] هذا المنع على منع الشراء دون البيع.

فرعان: لو قارضه على أن يشتري الحنطة، ويبيع في الحال، ويكون [الربح][(٣)] بينهما نصفين - لم يجز.

قال القاضي الحسين: لأن القراض عقد يطلب نماؤه بحذاقة التصرف منه على الإطلاق، [وهو لم][(٤)] يطلق التصرف، بل حصر ذلك بالفعل، فهو كما لو حصره بالزمان.

ولو قارضه على ألف على أن يتصرف في الحنطة ويمسكها زمانًا حتى إذا غلا السعر [حينئذ][(٥)] يبيع، ويكون الربح بينهما: لم يجز ولم ينعقد القراض؛ قاله القاضي أيضًا.

قال: **وإن شرط [أن][(٦)] يعمل معه رب المال لم يصح**؛ لأن وضع القراض على أن يكون من رب المال المال، ومن العامل العمل، فالجمع[(٧)] بينهما على رب المال ينافي مقتضاه؛ لأن بعض الربح يكون له بعمله وماله، وهذا هو الصحيح.

وفي «الرقم» لأبي الحسن العبادي أن أبا يحيى البلخي جوز ذلك على طريق التبعية والمعاونة، وسنذكر ما يدفع هذا.

وكما لا يصح شرط عمل رب المال، لا يصح شرط مراجعته أو مراجعة

---

(١) في أ: إحداهما.
(٢) زاد في جـ: على.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: ولم.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في التنبيه: على أن.
(٧) في جـ: ويجمع.

شخص بعينه ليس بعامل القراض؛ لما في ذلك من التضييق في التصرف.

وكذا لا يجوز [شرط][(١)] جعل المال في يد مالكه[(٢)]، أو في يد وكيله مع استقلال العامل بالرأي والتصرف.

وفي هذه الحالة وجه حكاه الماوردي: أنه يصح، وأجراه فيما إذا شرط أن يكون مع العامل مشرف يطلع على ما يفعله ولا يتوقف تصرف العامل على مراجعته.

قال: وإن شرط **[أن يعمل معه]**[(٣)] **غلام لرب المال** [أي][(٤)] وهو معروف بشخصه أو صفته، **صح على ظاهر المذهب**؛ لأن غلامه [مالٌ له][(٥)] فجاز أن يجعل[(٦)] [غلامه][(٧)] تابعًا لماله؛ ولأن القراض عقد على أصل يشترك رب المال والعامل على فائدته؛ فوجب ألَّا يفسد بشرط عمل العبد فيه كالمساقاة.

وقيل: **لا يصح**؛ لأن عمل العبد كعمل سيده، وفي «البحر» أن هذا هو الظاهر من كلام الشافعي في «الأم» و[(٨)] أن القاضي أبا حامد قال: إنه الصحيح وكذا الطبري وقال في «المهذب» في باب المساقاة: إنه المنصوص.

والجمهور وحذاق الأصحاب على [صحة][(٩)] الأول، وفرقوا بينه وبين السيد بأن العبد يصح استئجاره واستعارته [ويصلح أن][(١٠)] يكون في يد المستعير ومنفعته حاصلة [له][(١١)]، فيصلح أن يكون تابعًا للعامل بخلاف رب المال؛ فإنه لا وجه لجعله تبعًا في التصرف في مال[(١٢)] لغيره.

ومحل الخلاف إذا لم يشترط مراجعة الغلام في التصرف فإن شرط ذلك فسد العقد، وكذا لو شرط أن يكون المال في يده ويجيء فيه الوجه السابق.

ولو دفع رب المال للعامل جَمَلاً يحمل عليه أنواع التجارة، أو كيسًا يحمل فيه مال المضاربة - جاز على ظاهر المذهب، وبعضهم جوزه مطلقًا.

قال: **وعلى العامل أن يتولى بنفسه ما جرت العادة أن يتولاه**؛ أي كتقليب السلع ونشرها على من يرغب في شرائها، وإدراجها في السقط، والبيع والشراء وذرع الثياب وقبض الأثمان ونقدها، ووزن[(١٣)] ما خف: كالذهب، والفضة،

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: ربه.
(٣) في التنبيه: على أن يعمل.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ: ماله.
(٦) في أ: يعمل.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في أ: هنا، وفي الأم وفي البحر.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ: ماله.
(١٣) في أ: قدر.

والعنبر، والمسك، ونحوها، وحفظ المتاع على باب الحانوت وإشرافه في السفر - إذا أذن له فيه - على جميع المتاع، وتحميل الأعدال والرقاد على بعضها وكل ما جرت عادة المالك بفعله في ماله مما يحفظ به؛ لأن إطلاق العقود يحمل على ما ألف وعرف فيها، وهذا هو العرف.

ولو استأجر العامل من يتولى فعل ذلك أو بعضه جاز، كما صرح به الإمام، وكذا لو وكل[1] أو استناب في ذلك[2] كما قاله الإمام في أواخر كتاب الوصية.

وكلام الشيخ قد يأباه [حيث قال][3] بنفسه.

قال الإمام: لكنّ الأجرة في مال العامل؛ لأنه عمل عنه، بخلاف ما لو استأجر من ينقل الأعدال أو يحملها أو ينادي على السلع أو يحملها من الخان إلى الحانوت، فإن الأجرة تصرف من مال القراض؛ كما تصرف أجرة الحمال والخان وأجرة الحارس، وكذا ما صار معهودًا من الضرائب التي لا يقدر على منعها كما حكاه في «الحاوي»، ويخالف ما إذا عمل العامل بنفسه ما جرت العادة بالاستئجار عليه؛ فإنه لا يستحق [عليه أجرة][4].

فرع: لو غصب شيء من أموال القراض هل للعامل المخاصمة عليه؟ فيه وجهان:

اختيار ابن سريج منهما: نعم، واختيار الأكثرين من أصحابنا: لا.

قال الماوردي: وكلام ابن سريج أشبه بالصواب، وهو ما يقتضيه إيراد الإمام فإنه جزم بأن له مطالبة من أتلف من مال القراض شيئًا[5]، وسنذكر من بعد عن رواية الرافعي تفصيلاً فيه.

قال: [وأن يتصرف على وجه[6] **الاحتياط فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل**]؛ لأنه يتصرف في مال الغير بإذنه فلا يتصرف إلا على وجه النظر والاحتياط كالوكيل، فلو باع بأقل من ثمن المثل أو بمؤجل كان حكمه كالوكيل إذا باع به وقد ذكرناه.

قال: **إلا أن يأذن له في ذلك كله**؛ لأن المنع لحقه فزال بإذنه، ومحل ذلك: إذا لم ينهه المالك - مع إذنه له في البيع بالنَّساء - عن البيع بالثمن الحال كما

(١) زاد في أ: فيه.
(٢) زاد في جـ: جاز.
(٣) في أ: وهو قوله.
(٤) في أ: أجرة على ذلك.
(٥) زاد في د: منه.
(٦) سقط في التنبيه.

حكاه الماوردي، أما إذا نهاه عن البيع بالحال فالقراض باطل[١].

وكما لا يملك البيع بالثمن المؤجل لا يملك الشراء به؛ لأنه قد [يهلك مال][٢] القراض قبل حلوله، ويجب عليه إذا باع [بالثمن المؤجل][٣] أن يشهد حتى إذا لم يفعل [ذلك][٤] ضمن، كما قيل ذلك في حق الوكيل بخلاف ما إذا باع في الحال[٥] فإن العرف لم يجر به مع أنه مأمور بعدم تسليم العين قبل قبض الثمن[٦] حتى لو سلم[٧] العين قبل [قبض ثمنها][٨] كان ضامنًا، وما[٩] يضمنه مذكور في الوكالة.

ولا يجوز للعامل أن يشتري بأكثر من رأس المال، ولا بغير جنسه حتى لو كان رأس المال ذهبًا لا يجوز أن يشتري بالنقرة[١٠]، بل يشتري بالذهب نقرة [ثم يشتري][١١] بها. صرح به في الحاوي.

ولو اشترى شيئًا بعين رأس المال، أو بقدره في الذمة ثم اشترى شيئًا آخر لم يقع لمال القراض؛ لأنه إذا اشترى الأول بالعين فقد ملكه البائع، وإذا اشتراه[١٢] في الذمة فقد استحق صرف رأس المال إليه.

وفي هذه الحالة يقع [الشراء][١٣] للعامل إن لم يصرح بالسفارة، وإن صرح فوجهان تقدم نظائرهما.

تنبيه: سكوت الشيخ عن منع العامل من البيع بغير نقد البلد [وإن كان صرح به في الوكيل يعرفك أن العامل لا يمنع من البيع بغير نقد البلد][١٤] ولا بالعرض وهو ما صرح به الرافعي والمتولي وصاحب «المرشد» فيما إذا باع بالعرض.

وفي «الشامل» وتعليق البندنيجي، و«البحر»: الجزم بمنعه من البيع بغير نقد البلد كما في الوكيل.

قال: **فإن اشترى معيبًا رأى**[١٥] **شراءه** [أي][١٦]: مربحًا؛ **جاز**؛ لأن القصد تحصيل الربح وقد ظنه.

(١) في جـ: ما يحل.
(٢) في أ: ملك.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ: بالحال.
(٦) في أ: ثمنها.
(٧) في أ: سلمه.
(٨) في أ: القبض.
(٩) في جـ: ماذا.
(١٠) في أ، جـ: بالبقرة.
(١١) في جـ: ويشتري.
(١٢) في أ: اشترى.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) سقط في جـ.
(١٥) في التنبيه: يرى.
(١٦) سقط في أ.

وفي «التتمة» و«التهذيب» حكاية وجه: أنه إذا اشتراه بقيمته لم يصح؛ لأن الرغبات في المعيب تقل.

قال: [**وإن اشترى شيئًا على أنه سليم، فخرج معيبًا، ثبت له الخيار**][1]؛ لأنه فوض النظر [إليه][2] وهذا منه، ولا ينفذ فسخ العامل إذا كان في الإمساك حظ ومصلحة، [وينفذ إذا لم يكن فيه حظ][3]، سواء كان الحظ في الرد أو استوى الأمران؛ لقدرته على البيع بثمن المثل، كما صرح به الإمام، وحكى وجهًا: أنه ينفذ وإن كان الحظ في الإمساك كما ينفذ رد الوكيل[4] في هذه الحالة على الأصح، [وقال: إنه متجه][5]؛ فإنَّ حطَّ رتبتِهِ عن الوكيل لا وجه له، وقد مال جواب القاضي إليه.

قال الرافعي: وحيث يثبت الرد للعامل، فهو للمالك أولى، لكنه يرد على البائع إن وقع العقد على العين، وإن ورد على الذمة فله صرفه عن مال القراض، [وفي انصرافه للعامل ما][6] سبق وفي انصراف العقد للوكيل إذا لم يقع للموكل.

قال: **وإن اختلف هو ورب المال في الرد بالعيب، عمل ما فيه المصلحة**؛ لأنه العدل، وفيه وجه: أن المالك إذا أجاز العقد لزم كما لو رضي الموكل بالعيب.

قال في «البحر» في كتاب الوكالة: «وهو غلط».

قال: **وإن اشترى من يعتق على رب المال أو زوج رب المال بغير إذنه**؛ أي: بعين مال القراض، **لم يصح**.

أما في الأولى: وهي ما إذا اشترى أحد الوالدين وإن علوا، أو المولودين وإن سفلوا؛ فلأن القصد بهذا العقد ابتياع مربح ولم يوجد.

وأما في الثانية: وهي ما [إذا][7] اشترى زوج رب المال؛ فلأن في ذلك إضرارًا به[8] بسبب انفساخ نكاحه، فلم يكن إذنه المطلق متضمنًا له كما في شراء القريب والمراد بالزوج في أكثر الكتب: الرجل، ويجوز أن يكون ذلك مراد الشيخ، ويجوز أن يكون مراده الرجل [أو المرأة][9] كما صرح به الإمام.

ويعضده أن لفظ الزوج يصدق لغة على كل واحد منهما كما ذكرناه في باب

---

(1) في أ: الرد.
(2) سقط في أ.
(3) سقط في أ.
(4) زاد في أ: مثل.
(5) في جـ: وحكي وجه أنه ينفذ.
(6) في أ: وقد صرفه فيما.
(7) سقط في أ.
(8) في أ: برب المال.
(9) في جـ: والمرأة.

الغصب، وقد قال تعالى: ﴿وَأَصْلَحْنَا لَهُ زَوْجَهُ﴾ [الأنبياء:٩٠].

وهكذا الحكم في ابتياع أم ولد رب المال إذا بيعت في الرهن كما صرح به في «المرشد».

ويجيء في صحة الشراء في الصورتين القول القديم في وقف العقود كما حكاه القاضي الحسين.

وفي «المهذب» وغيره حكاية وجه في شراء الزوج أنه يصح للقراض؛ لأنه قد يكون مربحًا، وحكاه الماوردي قولاً. والقول بعدم الصحة هو المنصوص في «الإملاء».

أما إذا وقع الشراء في الذمة وقع للعامل على الجديد إن لم يصرح بالسفارة، وإن صرح فوجهان.

وإذا وقع الشراء بالإذن صح في الصورتين وانفسخ النكاح، وأما العتق فإن لم يكن في المال ربح، ولم يكن في ثمن القريب فضلة لو[١] كان على رقه فيحصل في جملة القريب ويرتفع[٢] القراض إن كان الشراء بجميع[٣] المال، لكن هل يكون عقد ابتياعه داخلاً في عقد [القراض][٤]؟ فيه وجهان في «الحاوي».

أصحهما: عند الماوردي والشاشي في «الحلية»: لا، فعلى هذا للعامل أجرة مثله على الابتياع.

والثاني: وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني: نعم، فعلى هذا لا شيء للعامل على المالك في هذه الصورة إذ لا ربح، وهذا ما جزم به الرافعي، والبندنيجي وابن الصباغ، والقاضي الحسين.

وإن كان في المال ربح [بأن كان [مال][٥] القراض ألفًا وكسب ألفًا، ووقع شراء القريب بكل الألفين، أو لم يكن في المال ربح][٦] وكان في ثمن القريب فضل بأن اشتراه بألف، وقيمته ألفان، ففي «تعليق» القاضي الحسين: أنه يعتق كله إن[٧] كان رب المال موسرًا، ويغرم للعامل[٨] قيمة الربع إن كان قد شرط له نصف الربح وذلك خمسمائة، وإن كان معسرًا عتق عنه ثلاثة أرباعه والباقي قِنٌّ للعامل سواء قلنا بملك العامل حصته بالظهور [أو بالقسمة][٩]؛ لأن إتلاف

---

(١) في أ: أو.
(٢) في أ: ارتفع.
(٣) في أ: بجملة.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: وإن.
(٨) زاد في أ: أجرة.
(٩) في أ: وبالقسمة.

[المال كالقسمة][(١)]، وكذا قال الإمام وقال: إن قولنا: إنه إذا[(٢)] كان موسرًا يعتق جميعه في الحال تفريع على تعجيل السراية.

وفي «التتمة»، والرافعي: أن ذلك ينبني على أن العامل متى يملك حصته من الربح؟ فإن قلنا بالقسمة عتق جميعه وغرم المالك[(٣)] نصيب العامل من [الربح.

وإن قلنا][(٤)] بالظهور عتق منه حصة رأس المال ونصيب المالك من الربح وسرى العتق إلى الباقي إن كان موسرًا وإن كان معسرًا بقي رقيقًا.

وفي «البحر»: في صورة الشراء برأس المال والربح أنا إن قلنا: إن العامل لا يملك بالظهور [عتق جميع العبد][(٥)]؛ لأنه على ملك رب المال، وإن قلنا: يملك بالظهور فإن علم العامل أنه قريب رب المال عتق جميعه عليه؛ لأنه اشتراه لأجله، وإذا اشترى الإنسان بماله لغيره أباه عتق عليه، كذلك هاهنا، وإن لم يعلم بأنه أبوه عتق منه بمقدار[(٦)] ملك رب المال منه، ونصيب العامل لا يعتق [إلا أن يكون][(٧)] موسرًا.

وهذا الذي ذكره [فيما][(٨)] إذا لم يكن عالمًا بأن المشتري أبو رب المال؛ حكاه ابن الصباغ عن القاضي في «المجرد»، ولا يخفى أن هذا تفريع على وقوع الشراء لعقد القراض كما صار إليه أبو حامد.

أما إذا قلنا بما صححه الماوردي [والشاشي][(٩)] أنه لا يقع لعقد القراض وللعامل أجرة مثله، فيعتق العبد بكل حال سواء كان رب المال موسرًا أو معسرًا.

ولو وقع شراء القريب ببعض مال القراض:

حكى القاضي الحسين في «تعليقه» عن العراقيين أنهم قالوا: إن اشتراه بقدر رأس المال عتق عليه، وكأنه استرده، والباقي بينهما.

وإن اشتراه بأقل من رأس المال [فيرد عليه تمام رأس المال][(١٠)]، والباقي بينهما.

وإن اشتراه بأكثر من رأس المال؛ فما[(١١)] زاد يكون من حصة رب المال من الربح، فإن استوفاها، بقي الباقي للعامل، وإن بقي أكثر من نصيب العامل، سلم للعامل نصيبه وأخذ رب المال الباقي.

---

(١) في أ: المالك كالمقاسمة.
(٢) في أ: إن.
(٣) في أ: للمالك.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: أن جميع العبد يعتق.
(٦) في أ: بقدر.
(٧) في أ: إن كان.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: فإن.

ثم قال: وهذا غلط؛ لأن المقبوض من المشترك أو المتلف منه يقع من الحقين؛ فلا يتعين المتلف من نصيب المتلف، وإنما حكمه حكم ما لو استرد طائفة من المال وسنذكره.

والحكم فيما إذا أعتق رب المال عبدًا من مال القراض كالحكم في شراء من يعتق عليه بالإذن.

فرع: الوكيل بشراء عبد مطلق نصفه إذا اشترى من يعتق على موكله، هل يصح الشراء؟

فيه وجهان: أظهرهما: وهو الذي أورده المتولي والقاضي الحسين والجمهور: الصحة؛ لأن اللفظ شامل وقد رضي إن بقي له انتفع به، وإن عتق عليه ناله ثوابه، بخلاف القراض فإن قرينة طلب الربح أبطلت ذلك.

فعلى هذا لو كان العبد معيبًا، حكى الرافعي في كتاب الوكالة أن [الموكل بالخيار][1] في رده؛ لأنه لا يعتق عليه قبل الرضا بالعيب.

ولو اشترى الوكيل عبدًا شهد موكله[2] بحريته أو بكونه ملك عمرو، فلم تسمع شهادته؛ ففي صحة الشراء وجهان في «تعليق» القاضي الحسين.

قال: **ولا يسافر بالمال من غير إذن** أي سواء كان السفر بعيدًا أو قريبًا، وسواء كان الطريق آمنًا أو مخوفًا، وسواء لحقته فيه مؤنة أم لا؛ لأن السفر ترك للنظر، روي أنه - عليه السلام - قال: «إِنَّ الْمُسَافِرَ وَمَالَهُ لَعَلَى[3] قَلَتٍ...» الحديث[4].

وفي تعليق الشيخ أبي حامد قول عن البويطي أنه يجوز عند أمن الطريق.

وفي الجيلي: أن الروياني قال في «الفتاوى»: إذا كان الربح في السفر أكثر؛ والطريق آمن جاز؛ والمذهب الأول.

فإذا[5] سافر، ضمن، وهل يبقى عقد القراض أو ينفسخ؟

قال في «الحاوي»: إن فعل ذلك مع بقاء عين مال القراض بيده[6]؛ فقد بطل القراض؛ لأنه صار غاصبًا[7].

وإن فعل ذلك مع انتقال عين المال إلى العروض[8] فلا؛ لاستقراره بالتصرف والشراء.

---

(١) في أ: للموكل الخيار.
(٢) في أ: الموكل.
(٣) في جـ: على.
(٤) تقدم.
(٥) في أ: فإن.
(٦) في أ: في يده.
(٧) في أ: ضامنًا.
(٨) زاد في أ، د: مأذون فيها.

والذي أطلقه الإمام من أن العقد قائم، فهو محمول على ما قاله الماوردي، فإن كلامه من بعد يرشد إليه، لكن سنذكر عن الإمام في آخر الباب أن العامل إذا خلط رأس مال القراض بماله ضمن، ولا ينعزل عن التصرف مع أن ما ذكره الماوردي من كونه غاصبًا موجود فيه.

وعلى كل حال: إذا سافر بمال القراض ينظر: إن كان المتاع في البلد الذي سافر إليه أكثر قيمة أو تساوت القيمتان؛ صح البيع[١]؛ لعموم الإذن، والمنع من السفر إنما كان للخطر فيه، والبيع لا خطر فيه.

وإذا صح البيع استحق الربح كما شرط.

وإن كان أقل قيمة مما يتغابن [الناس][٢] بمثله فباعه لم يصح البيع.

ثم حيث يصح البيع فيكون الثمن مضمونًا عليه؛ لكونه قبضه من[٣] موضع لم يتناوله الإذن.

قال: **فإن سافر بالإذن فقد قيل: إن نفقته في ماله**؛ لأنه استحق الربح الذي [شرط بالعمل][٤]؛ فلا يستحق شيئًا آخر لأجله كما في الحضر، ولأنه ربما يفوز بسبب ذلك بكل الربح.

وهذا ما نص عليه في البويطي، وبه قطع أبو إسحاق [وابن أبي هريرة، وزاد أبو إسحاق][٥]، فقال: ولا يعلم للشافعي في قديم ولا جديد أنه ينفق على نفسه، كذا حكاه [عنه][٦] في «البحر»، وقال: إن أكثر أصحابنا على هذه الطريقة.

قال: **وقيل: على قولين أحدهما: أنها في ماله**؛ لما ذكرناه وهو الأصح.

والثاني: أنها في مال المضاربة وهو نصه في «المختصر» وبه قطع بعضهم؛ لأنه حبسه عن التكسب بالسفر؛ لأجل القراض، فأشبه المرأة تحبس عن التكسب بسبب الزوج[٧].

وبهذا خالف الحضر؛ فإنه غير ممنوع من التكسب فيه.

وهذه الطريقة صار إليها أبو الطيب بن سلمة وابن الوكيل، واختارها الشيخ أبو حامد وجماعة؛ كما قال في «البحر»، وهي أظهر عند الرافعي.

والقائلون[٨] بالأول حملوا نصه في «المختصر» على النفقة بسبب حمل الأمتعة.

---

(١) في أ، د: الشراء.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، جـ: في.
(٤) في أ: المشروط.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في أ: زوجها.
(٨) في أ: والقائل.

قال: **وأي قدر يكون في مال المضاربة؟ قيل: الزائد على نفقة الحضر**؛ [أي:][١] كالركوب، وزيادة مأكول وملبوس وزيادة سعر في الماء والطعام؛ كما حكاه البندنيجي، وثمن الخف والإداوة والسطيحة والسفرة والمحارة، ونحو ذلك كما حكاه الرافعي.

ووجهه: أن ذلك هو الملتزم لأجل السفر، وهذا هو الأصح في الرافعي وغيره.

وقيل الجميع أي ذلك، والطعام، والإدام، والكسوة وأجرة المنزل، كما صرح به البندنيجي والرافعي وغيرهما[٢]، تشبيهًا بما إذا سلمت[٣] الزوجة نفسها.

ولأن سفره لأجل المال؛ فأشبه أجرة الجمَّال[٤].

وهذا ما يقتضي كلام الماوردي أنه المذهب؛ لأنه صدر به كلامه، ثم قال: وقد حكى ابن أبي هريرة عن بعض متقدميهم أنه لا يستحق إلا ما زاد على نفقة الحضر، وهو أشبه بالقياس؛ هذا هو المشهور في الطرق.

وقد قال المزني في «الجامع الكبير»: والذي أحفظه له أنه: لا يجوز القراض إلا على نفقة مقدرة في كل يوم، وثمن ما يشتريه لنفسه[٥] في عمله.

وحكى البندنيجي وغيره عن[٦] الشيخ أبي حامد [أنه][٧] قال: هذا لا يلتفت إليه[٨] ولعله خلاف الإجماع.

وليعلم أن النفقة محسوبة من الربح إن كان، وإلا فهي خسارة لحقت رأس المال، وأن على العامل ألا يسرف في الإنفاق، بل يأخذ بالمعروف، كما هو في «المختصر»، ولا تجب فيها أجرة حمام ولا حجام، ولا ثمن دواء ولا شهوة.

---

(١) سقط في أ.

(٢) قوله: وإذا سافر العامل بالإذن نفقته في ماله في أصح القولين.
والثاني في مال المضاربة، ثم قال وأي قدر يكون في مال المضاربة؟
قيل: الزائد على نفقة الحضر، أي: كالركوب وزيادة ملبوس ومأكول وزيادة سعر في الماء والطعام؛ كما حكاه البندنيجي وثمن الخف والإداوة والسطيحة والسفرة والمحارة، ونحو ذلك كما حكاه الرافعي؛ لأن ذلك هو الملتزم لأجل السفر، وهذا هو الأصح في الرافعي وغيره.
وقيل: الجميع أي ذلك، والطعام والإدام، والكسوة وأجرة المنزل؛ كما صرح به البندنيجي والرافعي. انتهى كلامه.
واعلم أن الرافعي لم يتعرض لوجوب السطيحة والسُفرة والمحارة، ولم يتعرض لما ذكره ثانيًا من أجرة المنزل فاعلمه. [أ و].

(٣) في أ، جـ: سلمت. (٤) في جـ: الحمام. (٥) في جـ: ليلبسه.

(٦) في أ: أن. (٧) سقط في أ. (٨) في أ: له.

وفي «الحاوي» حكاية وجه أنها تكون مقدرة؛ كنفقة الزوجات؛ لأنها معاوضة وتقديرها لرفع الجهالة وأن الصائر إليه أخذه من رواية[١] المزني في «الجامع الكبير».

وعلى الأول لو وقع اختلاف في قدر ما أنفقه العامل، فالقول قوله مع يمينه إذا كان محتملا.

وفيه وجه حكاه الماوردي: أن القول قول رب المال مع يمينه أخذًا من الوجهين في ادعاء العامل رد المال على ربه، وأن العامل مهما أقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد لم يأخذ لتلك المدة نفقة كما جزم به الرافعي والمتولي، وهو في «الحاوي» مقيَّد بما إذا كان ذلك لعارض مرض أو شيء يختص به.

أما إذا أقام فوق مدة المسافرين لأجل مال القراض انتظارًا لبيعه وقبض ثمنه أو التماسًا لحمله أو لسبب[٢] يتعلق به فنفقته فيه كنفقته في سفره لاختصاصه بالقراض.

فروع:

أحدها: إذا شرط العامل نفقة السفر في القراض، فإن قلنا: إن مطلق العقد يقتضيها؛ كان ذلك تأكيدًا لها[٣].

وإن قلنا: لا يقتضيها، فسد على أظهر الوجهين؛ كما لو شرط ذلك في الحضر.

ووجه الصحة: أنه من مصالح العقد.

وعلى هذا هل يشترط [فيه][٤] تقديرها؟ فيه وجهان.

[الثاني:][٥] إذا حمل [مع][٦] مال القراض مالاً لنفسه واتجر فيه، وأوجبنا النفقة لأجل السفر، وزِّعت[٧] على قدر المالين.

وقال الإمام: يجوز أن ينظر إلى مقدار العمل في المالين ويوزع على أجرة مثلهما.

وفي أمالي أبي الفرج السرخسي: أنها إنما توزع إذا كان مقدار ماله يقصد السفر لأجله[٨]، فإن كان لا يقصد [السفر][٩] له فهو كما لو لم يكن معه غير مال القراض.

الثالث: إذا عاد من سفره ومعه فضل زاد نقصه من كفايته أو آلته في السفر من

---

(١) في أ: زوائد.
(٢) في أ: ولسبب.
(٣) في أ: له.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: فرعت.
(٨) في أ: له.
(٩) سقط في جـ.

السفرة؛ والمطهرة ونحو ذلك، فهل يعاد لمال القراض أو يستقل به العامل؟ فيه وجهان حكاهما الإمام عن الشيخ أبي محمد و[أنه](١) قربهما من تردد الأصحاب [في](٢) أن جند الإسلام إذا انصرفوا من دار الحرب ومعهم فضلة من طعام وجدوه فيها، هل يعاد إلى الغنيمة، أو لا؟

وفي «البحر»: أن القاضي الطبري قال: ورأيت في كتاب «التهذيب» لابن القفال في رد الكسوة وجهين(٣)، كما يقول في كسوة المعتدة على الزوج إذا انقضت العدة هل ترد؟ وفيها قولان، والأظهر في مسألتنا عند(٤) الرافعي: وجوب الرد.

وقال الإمام: إنه القياس الذي لا ينقدح غيره، وما ذكر من أمر الغنائم فمعتمده أخبار دلت على توسُّع(٥) ولا يسوغ أن يتخذ أصلاً في أحكام المعاملات.

[الرابع:](٦) إذا لقي رب المال العامل في البلد الذي سافر إليه بعد نضوض المال فاسترده، فهل تجب له [فيه](٧) نفقة العود؟(٨) فيه قولان في «أمالي» حرملة، والصحيح المنع.

وفي «البحر»: أن ظاهر المذهب الوجوب، وهو قضية ما «في تعليق»(٩) البندنيجي؛ فإنه قال: إن الخلاف مبني على أنه: هل يستحق نفقة الذهاب أم لا؟ فإن قلنا: يستحق، استحق وإلا فلا.

تنبيه: ذكر الشيخ حكم النفقة عند السفر بالإذن يعرفك جوازه وهو متفق عليه لكن إذا عين له موضعًا لا يجوز أن يسافر إلى غيره.

وإن أطلق له الإذن في السفر؛ جاز أن يسافر به إلى البلدان(١٠) المأمونة المسالك والأمصار التي جرت عادة أهل بلده أن يسافروا بأموالهم ومتاجرهم إليها، ولا يخرج عن العرف المعهود فيها فإن تعداه، ضمن.

وإذا وجد القيمة في البلد التي سافر إليها أقل، فهل له البيع [فيها](١١) بالأقل؟

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ.

(٣) قوله: وإذا عاد وجب عليه رد ما معه في أظهر الوجهين.
ثم قال: وفي «البحر» أن القاضي الطبري قال: رأيت في كتاب «التهذيب» لابن القفال في رد الكسوة وجهين. انتهى.
تعبيره بالتهذيب تحريف بل هو «التقريب» بالقاف والراء، وقد تقدم في آخر الباب قبله إيضاحه. [أ و].

(٤) في جـ: فعنده. (٥) في جـ: تسوغ. (٦) سقط في جـ.

(٧) سقط في أ. (٨) في أ: العقود. (٩) في أ: ما حكاه.

(١٠) في أ: البلد. (١١) سقط في أ.

[قال][1] المتولي: إن كانت مؤنة الرد أكثر من [قدر][2] النقصان أو أمكن صرف الثمن إلى متاع يتوقع فيه ربحًا؛ فله البيع وإلا لم يجز؛ لأنه تخسير محقق[3].

فرع: العامل في القراض هل له أن يضارب في[4] مال القراض؟ ينظر إن كان بإذن رب المال بشرط أن يكون الربح بين[5] رب المال والثاني خاصة صح.

ويكون صورة عقد القراض مع الأول أن تقول: قارضتك على أن تعمل في هذا المال، وإن أردت أن تقارض عليه فافعل وحينئذ؛ فلا يجوز له أن يقارض إلا أمينًا كافيًا في التصرف.

فإن قارض غير متصف بهذه الصفة لم يصح، وكذا لو قارض متصفًا بها وشرط لنفسه جزءًا من الربح مع شرط جزء لرب المال وجزء للعامل الثاني؛ لأن الربح في القراض يستحق بمال أو عمل[6] وقد فقدا في حق العامل الأول.

فإذا عمل الثاني كان الربح لرب المال وعليه أجرة المثل للثاني.

وإن أذن رب المال للعامل في أن يقارض غيره ليكون ذلك الغير شريكًا في العمل والربح المشروط على ما يراه[7] حكى الإمام فيه وجهين.

أحدهما: الجواز[8] كما لو قارض المالك شخصين في الابتداء.

وأشبههما: المنع؛ لأنا لو جوزنا ذلك لكان الثاني فرعًا للأول منصوبًا من جهته، والقراض معاملة تضيق فحال القياس فيها فلا يعدل[9] بها عن موضعها، وموضعها أن يكون أحد العاقدين مالكًا لرأس المال لا عمل من جهته، والثاني صاحب عمل لا ملك من جهته.

وإن قارض العامل الأول -وقد شرط له رب المال نصف الربح مثلاً- عاملاً ثانيًا بغير إذن رب المال وشرط له نصف الربح لم يصح؛ كالوكيل.

ويجيء فيه قول وقف العقود.

فعلى الجديد إذا فعل ذلك وسلم المال إلى الثاني ضمنا، فإن كان الثاني عالمًا بالحال فهما غاصبان[10] آثمان، وإن لم يعلم فالأول غاصب والثاني ضامن ضمان الغصوب.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: متحقق.
(٤) في أ: على.
(٥) في أ: من.
(٦) في أ: وعمل.
(٧) في جـ: ما نواه.
(٨) في أ: لا يجوز.
(٩) في جـ: يعزل.
(١٠) في جـ: عاصيان.

فإن غرم الأول لم يرجع على الثاني، وإن غرم الثاني ففي رجوعه على الأول وجهان في الطريقين.

وحكى القاضي الحسين طريقة جازمة بالرجوع.

ثم إذا تصرف الثاني في رأس المال وحصل ربح، فينظر: إن وقعت عقوده على عين مال القراض [فهي باطلة][١] كبيع مال[٢] الغير بغير إذنه وقد تقدم حكمه في البيع، وباب الغصب.

وإن وردت على الذمة وصرف مال القراض في الثمن ابتنى[٣] ذلك على أن الغاصب إذا فعل مثل ذلك. فهل الربح له أو للمغصوب منه[٤]؟ وفيه القولان السابقان في الغصب.

فإن قلنا بالقديم ففيما يستحقه المالك من الربح وجهان.

أحدهما: وهو ما قال الرافعي: أنه لم يره إلا في كتاب أبي الفرج السرخسي جميع الربح كما قلنا في الغصب، وللعامل الثاني عليه أجرة مثله على وجه، وعلى آخر هي على العامل الأول.

[وفي «الحاوي» نسب[٥] الرجوع بكل الربح وتغريم العامل الأول][٦] أجرة مثل الثاني: إلى ابن سريج.

والثاني: وهو الذي أجاب به المزني والمعظم، وهو الصحيح أنه يستحق النصف؛ ولأنه دخل على الرضا بالنصف [فلم يستحق أكثر منه، وعلى هذا ففي النصف][٧] الآخر أربعة أوجه:

أحدها: وهو ما أجاب به المزني، وقال به أبو إسحاق المروزي كما حكاه المحاملي؛ وصاحب البحر، وأبو علي بن أبي هريرة، كما حكاه الماوردي، وهو الأصح في الرافعي: أنه يكون بين العامل الأول والثاني نصفين [لأن العامل الثاني دخل مع الأول على أن ما رزقه][٨] الله من ربح كان بينهما والذي رزقاه[٩]

---

(١) سقط في جـ.
(٢) زاد في أ: لكونها بيع.
(٣) في أ، جـ: أثبتنا.
(٤) في أ: له.
(٥) في جـ: نسبة.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: لأن العامل الأول دخل مع الثاني على ما رزقه.
(٩) في جـ: رزقناه.

النصف، وما أخذه رب المال؛ كالمستهلك فكأنه لم يحصل.

والثاني: أن الأمر كذلك ويستحق العامل الثاني على الأول نصف أجرة مثله؛ لأنه دخل في العقد على أن يأخذ نصف الربح ولم يسلم له إلا نصفه، ونصف منفعته قد ذهبت من غير عوض فاستحق عليه بدلها وهو نصف أجرة المثل ومن هذا التعليل يفهم أن هذا الوجه إنما يجري إذا كان صفة العقد كذلك كما صار إليه الجمهور، وقد أجراه بعض الأصحاب كما حكاه القاضي الحسين والإمام عن شيخه، وإن كانت الصيغة أن ما رزق الله فهو بيننا.

والثالث: أن جميع النصف[1] للعامل الثاني؛ [لأنه العامل][2]، أما [العامل][3] الأول فليس له عمل ولا ملك.

والرابع: أن نصف الربح للعامل الأول؛ لأنه مشروط له من جهة المالك، وشرط الأول للثاني نصف الربح فاسد، ويستحق عليه أجرة مثله، وهذا ما حكاه الماوردي عن أبي إسحاق المروزي وقال: إنه غلط المزني فيما قاله، وهو الذي أبداه ابن الصباغ احتمالاً ورجحه.

وإن قلنا بالجديد؛ فقد قال المزني: الربح كله للعامل الأول، وللعامل الثاني عليه أجرة مثله، وغلطه بعضهم وقال: على هذا القول يكون الربح كله للعامل الثاني؛ لأنه المتصرف في المال فهو بمنزلة الغاصب المتصرف ومنهم من صوبه.

قال المحاملي وغيره: وهو الأصح لأن الثاني لم يشتر لنفسه بل للأول؛ فكان الربح له ويفارق الغاصب؛ لأنه اشترى لنفسه فكان الربح له، وإذا حصل الربح له وجب عليه للثاني أجرة مثله وهذا هو المشهور.

وفي «البحر» أن بعض أصحابنا قال: التفاريع المذكورة عن الشافعي على [القول][4] الأول ليست مفرعة على القديم، بل هذا قول جديد في وقف العقود، والشافعي يجوز في الجديد الوقف لا سيما إذا كان فيه مصلحة أموال الناس وهاهنا[5] مصلحة لأنه ربما يدفع مالاً قراضًا فيشترى العامل وينوي نفسه، ثم يوفي ذلك من مال القراض، فيكون الربح له مع طول المدة، وذلك يؤدي إلى امتناع الناس من هذه المعاملة، فقلنا في هذا الموضع: رب المال بالخيار، إن شاء أجاز تلك

---

(١) في أ: الربح.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) زاد في أ: لا.

العقود واستفاد أرباحها، وإن شاء لم يجزها واقتصر على أصل ماله، وكذلك ما عقده العامل بعين المال، وقد مال ابن سريج إلى هذا القول مراعاة للمصلحة.

قال: وإن ظهر في المال ربح ففيه قولان أحدهما: **أن العامل لا يملك حصته إلا بالقسمة**: لأنه لو ملكها قبل القسمة لصار شريكًا لرب المال حتى لو هلك شيء من المال هلك من المالين وليس كذلك بل الربح وقاية لرأس المال.

ولأن القراض يجري مجرى الجعالة؛ لجهالة العمل فيه، ووجوب أجرة المثل عند الفساد، وكونه غير لازم، والمال من جانب والعمل من جانب والجعالة يجب البذل فيها بفراغ العمل وتسلمه، ولم يسلم العامل هاهنا شيئًا.

وهذا ما اختاره المزني والأكثرون، ومنهم المسعودي، والقاضي الحسين، والبغوي، والروياني، وجزم بصحته الرافعي في كتاب الزكاة.

وعلى هذا قال: فيكون الجميع لرب المال؛ لأنه نماء ملكه، وزكاته عليه؛ كما أن زكاة رأس المال عليه وهذا ما قطع به الأئمة.

وقال الإمام: قطعهم بذلك في رأس المال وما يخص المالك من الربح ظاهر، وأما قطعهم بوجوب زكاة حصة العامل من الربح، فالاحتمال فيه لائح؛ فإنه [وإن لم][1] يملكه العامل، فملك المالك له ضعيف؛ لتأكد حق العامل فيه، فإن رب المال لو أراد إبطال حق العامل من حصته، لم يجد إليه سبيلاً وقد ذكرنا[2] خلاف في زكاة المجحود والمغصوب والمتعذر.

ولا خفاء في أن حول الربح إن كان المال عرضًا عند آخر حول الأصل؛ [كحول الأصل][3] وإن كان المال ناضًا، ففيه من الخلاف ما ذكرناه[4] في باب زكاة التجارة.

قال: وله أن يخرجها من المال: لأنه ملكه لكن من أي شيء تحسب؟ الذي حكاه العراقيون كما صرح به المحاملي والماوردي وابن الصباغ وغيرهم: ثلاثة أوجه.

أحدها: من رأس[5] المال لأنها وجبت في أصل المال، والربح تبع.

وهذا أظهر عند القاضي والروياني، فعلى هذا بطل من القراض قدر الزكاة المخرجة منه.

والثاني: من الربح خاصة؛ كالمؤن وأرش جناية العبد المشترى للمضاربة،

---

(١) في جـ: ما يقال.
(٢) في أ: ذكرنا.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: ذكر.
(٥) في جـ: أصل.

وهذا هو الأظهر عند الأكثرين، ويحكى عن نصه في «الأم» فعلى هذا لا ينفسخ القراض في شيء من المال.

والثالث: أن زكاة الأصل من الأصل؛ و[زكاة][١] الربح من الربح؛ لأنها وجبت فيهما فلم يختص إخراجها بأحدهما.

وهذا ما قال ابن الصباغ إنه الأقيس، وعلى هذا فينفسخ من القراض قدر زكاة رأس المال وحكى المراوزة مع الوجه الثاني وجهًا آخر وهو أن ذلك يكون استرداد طائفة من المال فيكون قدر المخرج من رأس المال [والربح جميعًا على قضية التقسيط.

مثاله: رأس المال][٢] مائة والربح خمسون يكون ثلثا المخرج من رأس المال، وثلثه من الربح، والجميع محسوب على رب المال وينفسخ القراض [على هذا][٣] في قدر المخرج عن المائة.

والفرق بين هذا الوجه، والوجه الثالث الذي ذكرناه عن العراقيين أن المخرج [عن الربح][٤] لا يحسب على رب المال من ربحه، وقد بنى في «التهذيب» الوجه الأول على قولنا: إن الزكاة تتعلق [بالعين، والوجه الثاني على قولنا: إن الزكاة تتعلق][٥] بالذمة.

وحكى الإمام عن بعضهم القطع بكونها من الربح إذا فرعنا [على][٦] أن الزكاة تتعلق به، وبإجراء الوجهين إذا قلنا: إنها تتعلق بالذمة، ثم قال: وهذا الترتيب ليس بالمرضي ولا يمتنع[٧] تخريج الخلاف على قول زكاة العين أيضًا من جهة تعلق الزكاة بالجميع.

قال: والثاني أن العامل يملك حصته منه[٨] **بالظهور** كرب المال؛ ولأنه عقد على عين ببعض[٩] نمائها؛ فوجب أن يملك المستحق من النماء بالظهور كالمساقاة؛ وهذا ما صححه أبو حامد وأتباعه، [وكذا القاضي أبو الطيب][١٠] وطائفة وعلى هذا قال: ويجري في حوله؛ لأنها ملكه، ومعنى ذلك أنه يعقد لما يخصه من الربح حولاً ابتداؤه من حين الظهور، وهو ظاهر نصه في «الأم»[١١]

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: من الربح ثم.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في جـ: يمنع.
(٨) سقط في التنبيه.
(٩) في جـ: ينقص.
(١٠) سقط في أ.
(١١) زاد في أ: أيضًا.

و«المختصر» وهو الأصح؛ لأن ملكه ثبت عليه حينئذ، ووراءه ثلاثة أوجه:

أحدها: حكاه الماوردي وغيره أن ابتداء حولها من حين المحاسبة والمفاصلة؛ لأنه من حينئذ يعلم حال الربح.

والثاني: من حين تقوم المال على ربه لأخذ الزكاة.

والثالث: أن ابتداءه ابتداء حول رأس المال.

قال: إلا أنه لا يخرج الزكاة منه قبل المقاسمة[١]؛ لأن الربح وقاية لرأس المال، فحق رب المال متعلق به؛ فلم يجز له التصرف فيه من غير إذنه كما لا يملك سائر التصرفات كذلك.

ويجب على العامل أن يخرجها من غيره قبل قبض المال على وجه، لتمكنه من الاقتسام[٢]، والأصح أنه لا تلزمه قبل القسمة؛ لأنه متردد بين أن يحصل وبين ألا يحصل، فكان كمن له دين على مليء جاحد تلزمه الزكاة ولكن لا يلزمه الإخراج حتى يقبضه، وله أن يخرجها من غير مال القراض في الحال.

وما ذكره الشيخ هو ما جزم به المراوزة وحكوا عن العراقيين وجهًا: أنه لا يجوز له إخراجها من المال، وذكر الروياني أنه المنصوص، والرافعي أنه الأظهر.

ووجه ابن الصباغ بأنهما لما عقدا عقد المضاربة دخلا فيه على وجوب الزكاة عليهما؛ فلم يكن لأحدهما منع الآخر من إخراجها.

وقال الماوردي: إن هذا الوجه مبني على أن الزكاة تتعلق بالعين، وهو قريب مما ذكره الإمام فإنه قال: ويمكن تخريج الخلاف على ما ذكرنا من أن الزكاة مؤنة أو استرداد طائفة.

فإن قلنا: إنه مؤنة [فلا يمتنع][٣] أن يخرجها من عين المال.

وإن قلنا بالثاني؛ فيمتنع عليه إخراج الزكاة دون الإذن كما يمتنع عليه التصرف في نصيب نفسه قبل القسمة.

قال الرافعي: ولك[٤] أن تقول: إنما يحسن أخذ الوجهين من هذا المأخذ إذا ثبت الخلاف في كون الزكاة مؤنة أو استرداد طائفة على الإطلاق، لكن أومأ الصيدلاني إلى تخصيص الخلاف بزكاة جميع المال إذا أخرجها رب المال تفريعًا على القول الأول، فأما ما يخرجه من المال لزكاة رأس المال ونصيبه من الربح،

---

(١) في جـ: القسمة.
(٢) في أ: الاستقسام.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: وذلك.

فهو كاسترداد طائفة من المال فلا يتجه [فيه الخلاف][1]؛ لأن العامل قد التزم ما يخصه فكيف يحسب من الربح ما يخص المالك.

وقد صرح الإمام بهذا الذي أومأ إليه الصيدلاني، فكان من حقه ألا يقول بأخذ الوجهين من المأخذ المذكور، أو لا يقول بتخصيص الوجهين بالقول الأول. انتهى.

قلت: هذا السؤال وإن توجه على الإمام لاعتقاده جعل الزكاة؛ كالمؤن بالقول الأول؛ لما أبداه من اختصاص العامل بالتزام ما يخصه من الزكاة على القول الثاني، فكذلك المالك فهو لا يرد على من لم يخصه به كما حكاه الماوردي حيث قال: وعلى القول الثاني يجب على رب المال أن يخرج زكاة الأصل وحصته من الربح.

وفي محل إخراجها الوجوه الثلاثة.

وعني الوجوه التي حكيناها عنه[2] من قبل، وكلام المحاملي موافق لكلام الماوردي في ذلك، ومن جملة الوجوه جعل الزكاة[3]؛ كالمؤن.

وعلى هذا فيمكن أن يقال: ما يخرجه رب المال من المال عن رأس المال يكون نصفه من النصف[4] المختص به من الربح إذا كان الربح مشروطًا له بالنصف للعامل، والنصف الآخر مختص بنصيب العامل من الربح وزكاة نصيب رب المال من الربح إذا أخرجها من المال تختص بحصته؛ لأنه لا سبيل إلى إيجاب شيء منها[5] في نصيب العامل؛ لأنه لم يجعل وقاية لربح المالك، وبهذا يندفع إشكال هذا الوجه، والله أعلم.

وقد حكى المراوزة وراء ما ذكرناه طريقتين:

أحدهما: وتحكى عن القفال: القطع بأنه لا زكاة على العامل.

والثانية: وتحكى عن صاحب «التقريب»: أن في وجوبها قولين؛ كما في المغصوب ونظائره.

فرع على القول الأول: إذا أتلف رب المال مال القراض، ضمن للعامل قدر حصته من الربح.

ولو كان مال القراض جارية لم يحل لرب المال وطؤها، وكذا لو لم يكن في المال ربح؛ لأن انتفاءه في المتقومات[6] لا يتحقق إلا بالتنضيض، واستبعد الإمام

---

(١) في جـ: الوجهان.
(٢) في أ: فيه.
(٣) في أ، جـ: الزيادة.
(٤) في جـ: الصنف.
(٥) في أ: منهما.
(٦) في جـ: المنقولات.

التحريم عند[(١)] تيقن عدم الربح، ثم قال: ويمكن تخريجه على أن العامل لو طلب البيع في هذه الحالة وأباه المالك هل له ذلك؟وفيه خلاف يأتي.

وعلى المذهب لو وطئ هل يكون فسخًا للقراض؟

فيه تردد للشيخ أبي محمد والأظهر المنع، ولا يلزمه الحد، و[حكم][(٢)] المهر سنذكره.

فرع: على القول الثاني: إذا طلب رَبُّ المال أو العامل قسمة الربح قبل فسخ القراض لم يجبر الآخر عليها؛ لأنه لو وقع خسران بعده لجبر بالربح الحاصل قبله، فكان للعامل إذا امتنع أن يقول: الربح وقاية رأس المال فلا آمن حصول خسران؛ فأحتاج إلى رد ما قبضته، ولرب المال أن يقول: إذا امتنع الربح وقاية رأس مالى فلا أدفع لك[(٣)] شيئًا منه حتى أسلمه.

وإذا ارتفع القراض والمال ناض وتسلم رب المال رأس مال القراض حصل الاستقرار، ووجبت[(٤)] قمسة الربح إذا كان ناضًا.

وهل يحصل استقرار[(٥)] العامل على حصته من الربح بارتفاع عقد القراض ونضوض المال من غير قسمة؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، وضعف الإمام مقابله وقال: إن فائدة الاستقرار أنه لو طرأ نقص على المال كان محسوبًا على رب المال والعامل ولا يكون الربح وقاية لرأس[(٦)] المال.

ولو فسخ العقد والمال عروض وقد ظهر فيها ربح؛ فاستقرار نصيب العامل[(٧)] ينبني على أن العامل [هل][(٨)] يجبر على البيع والنض[(٩)] أم لا؟ وسنذكره.

فإن قلنا: نعم فظاهر المذهب أنه لا استقرار؛ لأن العمل لم يتم فيكون الربح وقاية.

وفيه وجه ضعيف: أن ملك العامل قد استقر.

وإن قلنا: لا يجبر على البيع؛ فوجهان كما لو كان المال ناضًا.

فرع: على القولين [معًا][(١٠)]: إذا حصلت زيادة في مال القراض، كثمرة

---

(١) في جـ: عن، وزاد في أ: عدم.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ: إليك.
(٤) في جـ: ووجب.
(٥) زاد في أ: الملك.
(٦) في أ: لرب.
(٧) في أ: المالك.
(٨) سقط في أ، جـ.
(٩) في أ: التنضيض.
(١٠) سقط في أ.

الأشجار المشتراة للقراض، ونتاج البهيمة، وكسب الرقيق، وولد الجارية، ومهرها إذا وطئت بالشبهة. لمن يكون؟

أطلق الإمام ومن تابعه القول بأنها من مال القراض.

وقال المتولي إن كان في المال ربح وملكنا العامل حصته بالظهور، فالجواب كذلك، وإن لم يكن [فيه][1] ربح، أو لم نملكه فمن الأصحاب من عدها من مال القراض، كالزيادة المتصلة.

وقال عامتهم يفوز بها المالك؛ لأنها ليست من فوائد التجارة.

فإن قلنا بالأول قال في «الوسيط»: هي من الربح، وهو قضية ما في «التهذيب»، وأورد[2] بعض أصحاب الإمام كما حكاه الرافعي؛ أنها لا تعد من الربح خاصة ولا من رأس المال خاصة بل هي شائعة، ومما ذكرناه يظهر لك ماذا يجب على رب المال إذا وطئ جارية القراض.

قال: وإن اشترى العامل أباه أي: سواء كان بإذن رب المال أو دون إذنه كما حكاه[3] القاضي الحسين[4] ولم يكن في المال ربح - صح الشراء؛ لأنه يمكن بيعه والتجارة فيه؛ فلم يكن على المالك فيه ضرر، ثم إن بيع قبل ظهور ربح في المال فلا كلام.

وإن بقي حتى ظهر في المال ربح، فإن قلنا: لا يملك العامل [بالظهور][5] شيئًا، لم يعتق.

وإن قلنا: إنه يملك حصته من الربح بالظهور، فوجهان أظهرهما عند القاضي الحسين والرافعي، وبه جزم في «الوسيط»: أنه يعتق عليه؛ لتحقق ملكه، لكن هل يعتق جميعه أو بعضه؟

ينظر: إن كان نصيب العامل من الربح قدر ثمنه، عتق جميعه، وإن كان أقل، عتق منه بقدره، وقوّم عليه نصيب رب المال إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا استقر الرق في نصيب رب المال.

قال البندنيجي: وانفسخ القراض في ذلك القدر؛ لأنه [قدر][6] قد تميز نصيب

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: كما أورده.
(٣) في أ: ذكره.
(٤) زاد في أ: قال.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في جـ.

العامل به[١].

وحكى الإمام وجهًا عند يسار العامل أنه لا يسري العتق؛ لأنه عتق حصل في الدوام من غير اختيار من جهته؛ فأشبه الإرث، وبهذا جزم في «الوسيط».

والثاني: لا يعتق عليه؛ لأن ملكه ضعيف؛ إذ هو وقاية لرأس المال.

قال: وإن كان فيه[٢] ربح أي وفرعنا على أن العامل يملك حصته بالظهور؛ فقد قيل: لا يصح؛ لأنه لو صح لملك حصته منه، ولو ملكها لعتقت عليه، وذلك يؤدي إلى تنجيز حق العامل قبل حق رب المال، وهو ممتنع، فمنعنا ما يؤدي إليه.

وقيل: يصح ويعتق عليه كأحد الشريكين إذا اشترى من يعتق عليه.

وعلى هذا قال المحاملي: إن كان نصيبه من الربح قدر ثمن الأب عُتق [جميعه][٣] عليه.

قال الماوردي: بالثمن دون القيمة؛ ويبطل عقد القراض في الباقي.

وهكذا لو كان نصيب العامل من الربح أكثر [من ثمنه؛ لأن أخذ بعض الربح كأخذ جميعه في الفسخ.

وإن كانت حصة العامل من الربح][٤] أقل من ثمن الأب؛ مثل إن كانت قدر نصفه، عتق منه بقدره، وسرى إلى الباقي إن كان موسرًا.

وهذان الوجهان مفرَّعان على قولنا: إنه يعتق عليه فيما إذا اشتراه ولا ربح في المال ثم ظهر.

وقيل: يصح ولا يعتق عليه؛ لضعف ملكه، كما ذكرناه.

أما إذا قلنا: لا يملك العامل الربح إلا بالقسمة، صح الشراء وجهًا واحدًا؛ إذ لا عتق[٥] حتى يحذر منه.

وسلك الإمام طريقًا آخر، فقال: إن كان في المال ربح، فهل يصح الشراء في قدر حصة العامل من الربح؟ فيه قولان ذكرهما صاحب «التقريب»، وجعل الرافعي أظهرهما الصحة.

فإن قلنا: لا يصح في نصيبه، فهل يصح في غيره؟ فيه قولَا تفريقِ الصفقة.

وإن قلنا: يصح في نصيبه، فهل[٦] يعتق عليه [فيه قولان ذكرهما صاحب

---

(١) في أ: فيه.
(٢) في التنبيه: في المال.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ: يعتق.
(٦) زاد في أ: يصح.

«التقريب»، وهما يقربان][1] من القولين[2] في عتق الراهن.

هذا كله إذا وقع الشراء بعين مال القراض.

فإن وقع في الذمة، وصرح العامل بالسفارة، فحيث قلنا: يقع للقراض عند الشراء بالعين، فكذلك الحكم أيضًا في هذه الحالة. وحيث قلنا: لا [يقع][3] للقراض، فهل يقع للعامل أو يبطل؟ يجري فيه الخلاف المذكور في نظائره.

وإن لم يصرح بالسفارة، لكن نوى القراض، فحيث نقول بصحته للقراض عند التصريح، [أنه يعتق][4] على العامل [فكذلك نقول هاهنا، وحيث نقول: لا يقع للقراض عند التصريح، فهاهنا يقع للعامل، وحيث قلنا: يقع القراض عند التصريح، ولا يعتق على العامل][5] فهاهنا هل يقع له وتقبل منه دعواه نيته[6] ذلك أم لا؟ فيه قولان ذكرهما صاحب «التقريب».

قال: وإن[7] **اشترى سلعة بثمن في الذمة** أي بقدر رأس المال وهو ألف مثلا، **وهلك المال قبل أن ينقد الثمن**[أي وبعد العقد][8] **لزم رب المال الثمن**؛ لأن العقد وقع صحيحًا، والملك لرب المال فلزمه الثمن. كما لو دفع إلى وكيله ألفًا وأمره أن يشتري عبدًا فاشتراه وتلف الألف بعد العقد، فإنه يلزمه أن يدفع ألفًا آخر لينقده.

وعلى هذا لو دفع إليه ألفًا فتلف وجب بدله أيضًا، وهكذا إلى أن يصل إلى البائع.

وقيل: يلزم العامل، لأن إذن المالك لم يتضمن التصرف على وجه يلزمه غير ما دفع، ولا سبيل إلى إبطال العقد؛ لكونه وقع صحيحًا؛ فانقلب إلى العامل؛ كما قيل فيمن عقد الحج عن[9] غيره ثم أفسده الآخر؛ فإنه ينقلب إليه بعد أن كان للمستأجر؛ لأنه خلاف المأذون فيه، كذلك هاهنا.

وهذا ما صار إليه ابن سريج واختاره في «المرشد»، وهو ظاهر النص في «البويطي»؛ فإنه قال: إذا دفع إليه ألفًا قراضًا، فاشترى العامل عبدًا بألف، وتلف الألف قبل أن يدفعه إلى البائع؛ كان المبيع للعامل، والثمن عليه ولا شيء على رب المال.

وقال ابن سريج: ومسألة الوكيل فيها وجهان:

أحدهما: أن المبيع يلزم الوكيل.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: فعلى قولين.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: فلا يعتق.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ، جـ: بنية.
(٧) في التنبيه: فإن.
(٨) سقط في أ.
(٩) في جـ: من.

وعلى الثاني فالفرق أن الوكيل مأذون له في شراء السلعة وقد وجد، فلزمه الثمن، وهاهنا المأذون فيه التصرف فيما دفعه إليه أولاً؛ فلا يلزمه الزيادة عليه.

والقائلون بالأول حملوا النص على ما إذا تلف الألف قبل عقد العامل؛ فإنه يلزم العامل وجهًا واحدًا؛ لانفساخ القراض.

وقد بنى الماوردي [هذا][1] الخلاف على خلاف سيأتي فيما إذا دفع إليه ألفين فاشترى بهما عبدين وتلف أحدهما.

فالأول مبنيٌّ على قولنا: إن أحد العبدين يتلف من الربح.

والثاني مبني على قولنا: إن العبد يتلف من رأس المال.

قلت: ولو بني على خلاف ذكره الأصحاب عند الكلام في العبد المأذون؛ وهو أن الألف لو لم يتلف هل يطالب رب المال بالثمن أم لا؟

وأصحهما: أنه يطالب فإن قلنا به؛ ينبغي أن يلزمه عند التلف ألف آخر؛ ليخرج عن المطالبة.

وإن قلنا: إنه لا يطالب فذاك لكوننا قصرنا إذنه على دفعه، فلا يلزمه غيره ويقع العقد للعامل.

فرع: إذا قلنا بالأول فهل ينفسخ عقد القراض؟ قال في «المهذب»: نعم، وهو المذكور في «مجموع» المحاملي، وأبداه الإمام احتمالاً واختاره في «المرشد».

وفي «تعليق» البندنيجي، و«الشامل» وغيرهما: أنه لا ينفسخ. ولكن هل يكون رأس المال ألفًا أو ألفين؟ فيه وجهان:

المذكور منهما في «الحاوي»: الثاني، وهو الذي جعله البندنيجي المذهب، وقال: إن الأول[2] ليس بشيء.

وإذا قلنا: إنه[3] ألف، فهل هو الأول أو الثاني؟ فيه وجهان في الرافعي، وذكر أن فائدتهما تظهر عند اختلاف الألفين في صفة الصحة وغيرها.

والمذكور في «الشامل» و«تعليق» القاضي الحسين: أنه الألف الثاني.

وبنى الإمام الوجهين في أن رأس المال ألف أو ألفان على خلاف سنذكره في أن رأس المال لو كان ألفين، فتلف أحدهما قبل التصرف [هل يتلف من رأس المال أم لا؟

---

(١) سقط في أ. (٢) في جـ: الثاني. (٣) في أ: هو.

فإن قلنا: من رأس المال كان رأس المال هاهنا ألفًا، وإلا فألفين.

قال: وإن دفع إليه ألفين فتلف أحدهما قبل التصرف][1] **تلف من رأس المال، وانفسخت فيه المضاربة** بخلاف ما لو تلف قبل القبض فيكون رأس المال ألفًا واحدًا.

وهذا ما صار إليه أصحابنا، كما قال البندنيجي وابن الصباغ وصححه الجمهور.

وقال الشيخ أبو حامد كما حكاه ابن الصباغ: إنه خلاف مذهب الشافعي؛ لأن المزني نقل في «الجامع الكبير» أنه قال: إذا ذهب بعض المال قبل أن يعمل، ثم عمل وربح، وأراد أن يجعل البقية رأس مال بعد الذي تلف فلا يقبل قوله، ويوفي رأس المال من ربحه حتى إذا وفَّاها، اقتسما الربح على شرطهما وقد أقام المراوزة ذلك وجهًا مع الأول[2].

قال: **وإن تلف بعد التصرف والربح تلف من الربح ولم تنفسخ فيه المضاربة**[3]؛ لأنه تصرف في رأس المال فلا يأخذ شيئًا من الربح حتى يرد ما تصرف فيه إلى المالك.

والمراد بالتصرف أن يشتري بهما شيئًا ثم يبيعه ويقبض ثمنه، وقد حكى الإمام عن شيخه وطائفة: أن التلف متى وقع جرى خلاف في أن رأس المال هل ينتقص أم لا؟ وإنما النقصان الذي ينجبر به الربح[4] هو الخسران وانحطاط الأسواق، فأما تلف عين المال؛ فيخرج على الخلاف، وأن على الوجه الصائر إلى تنقيص رأس المال يكون التنقيص في هذه الحالة داخلا على رأس المال والربح، ثم قال: وهذا خبط وتخليط، والصحيح الأول.

قال: وإن اشترى [بهما][5] **عبدين فتلف أحدهما فقد قيل: يتلف من رأس المال** وتنفسخ المضاربة فيه؛ لأنهما قاما مقام الألفين فتلف أحدهما كتلف بعض الألفين.

وقيل: يتلف من الربح، وهو الأصح؛ لما ذكرنا من قبل. وهذا الخلاف حكاه القاضي الحسين قولين منصوصين في «أمالي» حرملة، ولا يخفى أنه مفرع على القول بأنه إذا تلف أحد الألفين يتلف من رأس المال كما ذكره الشيخ.

وأما إذا قلنا بأن أحد الألفين إذا تلف يتلف من الربح، فهاهنا أولى.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: مع ذلك.
(٣) في التنبيه: المضاربة فيه.
(٤) في أ، جـ: بالربح.
(٥) في التنبيه: بها.

وليعلم أن محل ما ذكرناه من القول بأن التالف يحسب من رأس المال أو يجبر بالربح مفروضًا فيما إذا حصل التلف بآفة سماوية، وألحق به السرقة والغصب إذا تعذر أخذ البدل منهما.

أما إذا كان التلف بفعل آدمي من أهل الضمان، نظر: فإن كان أجنبيًّا، فقد قال الإمام: إن القراض لا ينفسخ، وكذلك لو أتلف كله بل يؤخذ البدل من المتلف، ويستمر القراض، والعامل يستقل بالمطالبة.

وحكى القاضي الحسين ذلك عن القفال في [الرتبة الأولى][1] وقيده بما إذا كان الإتلاف بعد التصرف، أما إذا كان قبله، فإنه ينفسخ القراض؛ لأنه لم يتعلق به حق العامل بعد.

وقال: إنه ذكر في [الرتبة الثانية][2] أن الإتلاف إن حصل، ولم يكن في المال ربح؛ ففي انفساخ عقد القراض وجهان أحدهما: نعم. والثاني: تؤخذ القيمة من المتلف وتجعل قراضًا.

وإن كان فيه ربح فعلى الأول: العامل يطالبه بنصيبه، وليس له أن يخاصم عن رب المال.

وعلى الثاني: له أن يخاصم عن رب المال، ويأخذ جميع القيمة، ويتصرف فيها.

وهذا التفريع يدل على أن في انفساخ القراض في حالة الربح أيضًا قولين.

وإن كان المتلف رب المال فإتلافه بمنزلة استرداد المتلف، فإن أتلف البعض انفسخ القراض فيه.

قال القاضي الحسين: وكذلك إذا أتلف العامل، حكمه حكم ما لو استرد شيئًا من مال القراض ينفسخ العقد في ذلك القدر. والفرق بينهما وبين الأجنبي أن لهما الفسخ، فلذلك جعلنا ذلك فسخًا.

ووافقه الإمام على ذلك، لكنه وجهه في حق العامل بأن ما يأتي به بعد الضمان لا يقع ملكًا لرب المال، فكيف يبقى القراض؟

وفسر الرافعي قول الإمام بأن العامل وإن وجب البدل عليه، فهو لا يدخل في ملك المالك إلا بقبض منه، وحينئذ يحتاج إلى استثناء القراض، ثم قال: ولك أن تقول: ذكروا وجهين في أن مال القراض إذا غصب أو أتلف، من الخصم؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أنه للمالك إن لم يكن في المال ربح، وهما جميعًا إن كان فيه ربح.

---

(١) في جـ: المدرسة الأولى.

(٢) في جـ: المدرسة الثانية.

والثاني: أن للعامل المخاصمة بكل حال؛ حفظًا للمال[1] فيشبه أن يكون الجواب المذكور في إتلاف الأجنبي مفرعًا على أن للعامل المخاصمة.

وبتقدير أن يقال: إنه وإن لم يكن خصمًا لكن إذا خاصم المالك وأخذ عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض؛ لزم مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف، قلت: ما أبداه أولاً هو عين ما حكيته عن القاضي الحسين، وما أبداه ثانيًا من إتلاف العامل ينبغي أن يكون كإتلاف الأجنبي؛ حتى لا ينفسخ القراض: هو عين ما حكاه ابن يونس، وإن كان إتلافه قبل التصرف، لكن لا يندفع بهذا السؤال عن الإمام والله أعلم.

فرع: إذا عمل العامل فخسر مائة وأخذ رب المال منه مائة، ثم عمل العامل بالباقي، فبلغ المال ألفًا، كما كان، فالربح منه مائة وأحد عشر درهمًا وتسع، يقسم بينهما إن انفصلا على حسب ما شرطا؛ لأنه لما استرد المائة تبعها [من][2] الخسران بنسبتها، كما يتبعها من الربح بالنسبة ونسبة الخسران في المائة أحد عشر درهمًا وتسع درهم. وعلى هذا فقس.

قال: والقول قول العامل فيما يذكر[3] **أنه اشتراه للمضاربة أو لنفسه**؛ لأنه متصرف لنفسه تارة وللقراض أُخرى، وإنما يبين[4] ذلك بالنية والقصد، فيكون الاختلاف فيه راجعًا إلى النية والقصد، وهو أعلم بنيته وقصده، ولأنهما اتفقا على وقوع العقد واختلفا في صفته فكان القول قول فاعله ولا فرق في ذلك بين أن يكون فيما ادعى شراءه لنفسه ربح أم لا، ولا بين أن يكون فيما ادعى شراءه للمضاربة خسارة أم لا.

وعن ابن سُريج فيما إذا كان فيه خسارة أنه يجيء فيه قول آخر: أن القول قول رب المال بناء على ما قاله الشافعي من القولين فيما إذا ادعى الوكيل الشراء أو البيع وكذبه الموكل.

فرع: لو ادعى العامل البيع وكذبه رب المال، قيل: فيه قولان؛ كما في الوكيل. وقيل: يقبل قول العامل جزمًا، وهو الأظهر في «البحر».

فرع: لو أقام رب المال بيِّنة أن العامل اشترى بمال القراض عينًا وادعى العامل شراءها لنفسه؛ ففيه وجهان.

---

(١) في جـ: للمالك.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في التنبيه: يدعي.
(٤) في أ، جـ: بين.

أحدهما: وبه قال ابن أبي هريرة أنه يحكم بأن ذلك للقراض.

والثاني: لا يحكم بها؛ لأنه يجوز أن يكون قد اشترى لنفسه بمال القراض على وجه التعدي؛ فلا يكون للقراض؛ لبطلان البيع.

وهذا ما صححه الماوردي واختاره في «المرشد» وقال: إن العين تنزع من يده وترد إلى بائعها، ويعاد الثمن إلى مال القراض.

قال: وفيما يدعي من هلاك؛ لأنه إنما يشتري لرب المال بإذنه فهو كالوكيل والوكيل أمين وقوله: في الهلاك مقبول؛ إذا لم يسند الهلاك إلى سبب ظاهر، أما إذا أسنده؛ فلا بد من إثبات السبب كما ذكرنا في الوديعة.

فإن قيل: العامل يستحق على عمله أجرًا وهو جزء من الربح، فهلا[١] ضمن كالأجير المشترك على قول؟ قيل: الفرق بينهما أن الأجير تعجل له المنفعة وهي الأجرة فإنه يملكها بالعقد، وتأخرت المنافع للمالك؛ فكان المغلب في يده حقه؛ فضمن كالمستعير، وهاهنا المنافع تعجلت لرب المال وهي العمل، وتأخرت للعامل؛ فغلب في اليد عوض المالك، فلم يضمن كالمودع.

وحكم دعوى العامل الخسران حكم دعواه التلف، فيقبل قوله وإن كان قد ادعى الربح.

قال القاضي الحسين: وذلك إذا كان ما يقوله محتملا؛ فإن كان غير محتمل مثل: أن يدعي خسران ألوف في ساعة واحدة فلا يقبل، وعلى ذلك جرى المتولي والروياني.

قال: **ويُدَّعي عليه من خيانة**؛ لأن الأصل عدمها، ومن جملة دعوى الخيانة أن يقول رب المال: اشتريت هذا العبد بعد أن نهيتك عن شرائه ويعضد[٢] قول العامل في هذه الصورة بأن الأصل عدم النهي.

قال: وإن[٣] **اختلفا في رد [رأس]**[٤] **المال فقد قيل: القول قوله**؛ [لأنه قبض العين ومعظم منافعها لمالكها كما ذكرناه فيقبل قوله][٥] في ردها كالمودع والوكيل بغير جعل.

وهذا ما صار إليه المراوزة، واختاره في «المرشد».

---

(١) في ج: فهل لا.
(٢) في ج: ويعتضد.
(٣) في التنبيه: وإذا.
(٤) سقط في التنبيه.
(٥) سقط في ج.

وقال القاضي أبو الطيب: إنه المذهب.

وقيل: **القول قول رب المال**؛ لأنه قبضها لمنفعة نفسه وهو الربح فأشبه المرتهن، وقد تقدم في باب الرهن ما ذكر من الفرق بينه وبين [نظائره وبين][١] قبول القول في التلف دون الرد.

قال: **وإن اختلفا في قدر الربح المشروط [للعامل][٢] تحالفا**، صورة ذلك: أن يدعي العامل أنه شرط له النصف، فيقول رب المال: بل الثلث فيتحالفا؛ لأنهما اختلفا في العوض المشروط في العقد فيتحالفا[٣]، كالمتبايعين إذا اختلفا[٤] في قدر الثمن.

وإذا تحالفا كان جميع الربح لرب المال، وللعامل أجرة مثله وإن زادت على نصف الربح وقيل: لا يستحق ما زاد على نصف الربح.

ولو اختلفا في قدر ما حصل من الربح؛ فالقول قول العامل، فلو قال العامل: إنه مائة، ثم قال: إنما قلت ذلك خوفًا من انتزاع المال من يدي؛ لم يقبل منه، وهل له إحلاف رب المال؟

قال في «البحر»: إن ذكر شبهة تحتمله استحق إحلافه، وإن لم يذكر؛ فوجهان:

أحدهما: وبه قال ابن سريج وابن خيران: أن له إحلافه.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق لا عملاً بقوله السابق، ثم إذا لم يطلب إحلاف رب المال لكنه ادعى بعد ذلك خسرانًا؛ قُبل منه ولا تبطل أمانته بالقول السابق.

هكذا قاله أصحابنا ونسبه الروياني[٥] في «البحر» إلى نصه، كذا حكاه الرافعي عنه، وكلامه في «البحر» مشير إلى الحكم المذكور.

اختلافهما في قدر رأس المال

قال: **وإن اختلفا في قدر رأس المال**؛ أي مثل أن قال المالك: إنه ألفان وقال العامل: بل ألف **فالقول قول العامل**؛ لأن الأصل عدم قبضه لما ينكره وقيل: إن كان في المال ربح تحالفا؛ لأنهما اختلفا فيما يستحقه العامل من الربح وليس بشيء؛ لأن الاختلاف في الربح المشروط - اختلاف في صفة العقد؛ فلذلك

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في التنبيه.
(٣) في أ، جـ: فتحالفا.
(٤) في جـ: تحالفا.
(٥) في جـ: الماوردي.

تحالفا، وهاهنا الاختلاف وقع في القبض، فلا تحالف فيه؛ كما لو اختلفا في قبض الثمن في البيع.

فرع: لو اختلفا في أصل القراض، فقال رب المال: دفعته لك؛ لتشتري لي [به](١) وكالة، وقال من في يده المال: [بل](٢) مضاربة، فالمُصَّدق ربُّ المال، فإذا حلف أخذ المال وربحه، ولا شيء للآخر.

قال: ولكل واحد منهما أن يفسخ العقد متى شاء؛ لأنه عقد ليس على التأبيد، ولا يفتقر إلى مدة معلومة، ولا عمل معلوم؛ فأشبه الشركة والوديعة؛ ولأنه في ابتدائه وكالة؛ لأنه يبتاع لرب المال، وفي انتهائه قد يكون شركة؛ إن قلنا: إن العامل يملك بالظهور، أو جعالة؛ إن قلنا: إنه لا يملك به، وكل هذه العقود يتمكن كل من [تعاقد بها](٣) من فسخها(٤) متى شاء، فكذلك هذا.

وكما يرتفع هذا العقد بلفظ الفسخ يرتفع بقول المالك للعامل: لا تتصرف بعد هذا، وكذلك باسترجاع المال(٥) منه.

وهل يرتفع ببيع المالك ما اشتراه العامل للقراض كما ينعزل الوكيل ببيع ما وكل في بيعه، أو لا يعزل ويحمل فعله على الإعانة؟ فيه وجهان: أشبههما الثاني، وهما جاريان فيما لو حبس العامل، ومنعه من التصرف أو قال: لا قراض بيننا.

قال: وإن(٦) **مات أحدهما، أو جن، أو أغمى عليه؛ انفسخ العقد** كما في الوكالة والشركة.

قال: وإذا فسخ(٧) **وهناك عرض وتقاسماه جاز**؛ لأن الحق لهما. قال: وإن طلب أحدهما البيع لزمه بيعه؛ لأن حق [العامل](٨) في الربح وحق رب المال في رأس المال وتحصيل كل من الحقين موقوف على البيع، فيتعين عند الطلب والفاعل له هو العامل.

وحكم وارث أحدهما في طلب البيع حكم مورثه، ولا يحتاج العامل عند موت رب المال إلى إذن [من وارثه](٩) في البيع بخلاف ما لو مات العامل، فإن وارثه يحتاج إلى الإذن من رب المال.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: قاعدته.
(٤) في جـ: فسخه.
(٥) ف جـ: المالك.
(٦) في التنبيه: فإن.
(٧) في التنبيه: انفسخ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) سقط في أ.

وفي «التتمة» حكاية وجه في العامل أيضًا أنه لا يبيع إلا بإذن، وهو جار في استيفاء الديون.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يطلب البيع في زمان كساد[1] العروض أو رواجها، ولا بين أن يترك حقه لرب المال عند طلبه البيع أم لا.

وقيل: إذا قلنا: إن العامل لا يملك إلا بالقسمة فدفع له رب المال قدر حصته من الربح، أو طلب مقاسمة العروض وأبى العامل إلا البيع أن المالك لا يجبر عليه على وجه في «المهذب»، وبه قطع الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما في الحالة الأولى؛ لأن المعير إذا بذل قيمة ما غرسه المستعير في أرضه بعد رجوعه في العارية ليتملكه عليه؛ جاز لدفع الضرر فهاهنا أولى، وهذا ما صححه في «البحر».

وإن[2] ترك العامل الربح لرب المال مع طلبه البيع لا يجبر العامل على البيع على وجه في «المهذب» وغيره.

وفي «الوسيط»: أن العامل إذا ترك حقه لرب المال على القول الذي عليه فرعنا، وهو أن العامل لا يملك إلا بالقسمة، هل يسقط حقه؟ فيه وجهان كالوجهين في إجباره على البيع عند خلو المال عن الربح.

وأظهرهما، وبه قال الشيخ أبو محمد وأبو علي والقاضي الحسين: أنه يجبر، وبه جزم العراقيون.

وجزم في الوسيط بأن المال[3] إذا لم يكن فيه ربح، وطلب العامل البيع، لا يجبر عليه رب المال إلا أن يوجد من يشتريه بزيادة على رأس المال.

وحكى الإمام مع ذلك وجهًا آخر: أنه يجبر على البيع؛ لاحتمال مصادفة زبون. وهو ما جعله القاضي الحسين الظاهر.

قال الإمام: وعند هذا يتجه ألا ينفذ بيعه بثمن المثل.

وعلى الأول لو اتفق ارتفاع الأسواق، وظهر [في المال][4] ربح بعد رد العروض على المالك فهل للعامل طلب نصيبه من الربح؟ فيه وجهان.

أظهرهما: وبه جزم الماوردي: المنع.

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ يقتضي وجوب بيع جميع العروض عند الطلب

---

(١) في جـ: كسود.
(٢) في جـ: وإذا.
(٣) في جـ: المالك.
(٤) سقط في جـ.

والذي [جزم به](١) المحققون كما ذكره الإمام أن الذي يلزم تنضيضه قدر رأس المال؛ لأنه الملتزم بعقد القراض، وأما الباقي(٢) فحكمه حكم عرض آخر مشترك بين اثنين لا يكلف واحد منهما بيعه، وكلام الماوردي، والقاضي أبي الطيب منطبق عليه.

ثم ما يباع به العرض: قال الأصحاب: ينظر: إن كان رأس المال من نقد البلد باع به، وإلا باع بما يرى فيه المصلحة من رأس المال أو نقد البلد، ثم يحصل به رأس المال؛ كما لو كان في يده عند الفسخ نقد غير(٣) نوع رأس المال، ولم يرض به رب المال، أو كان ما في يده [عند الفسخ](٤) من نوع رأس المال لكنه مكسر، ورأس المال صحاح.

وفي «تعليق» القاضي الحسين حكاية وجه: أنه ليس له البيع إلا بنوع رأس المال.

وعلى الأصح: لو أراد أن يشتري بما في يده عرضًا؛ ليبيعه بنوع رأس المال هل يجوز؟ فيها وجهان:

أصحهما في الرافعي: الجواز، ووجه المنع: خشية تعوق البيع عليه.

قال: وإن كان هناك دين، لزم العامل أن يتقاضاه؛ لينض:

لأنه دخل في العقد على أن يرد رأس المال، وذلك لا يحصل بدون ذلك، هكذا علل الشيخ في «المهذب».

وحكى الرافعي عن الأصحاب: أنهم وجهوا ذلك بأن الدين ناقص، وقد أخذ منه ملكًا كاملاً؛ فيلزمه رده كما أخذه.

وكل من الكلامين يفهم أن رأس المال لو كان ناضًّا لا يجبر العامل على تنضيض شيء(٥) آخر، وهو موافق لما حكيناه من قبل من أنه لا يجب على العامل بيع ما زاد على قدر رأس المال.

وقد صرح في «المرشد» بأن العامل يجب عليه تنضيض جميع الدين وإن كان زائدًا على رأس المال، وخص صاحب رفع التمويه محل وجوب التقاضي على العامل بما إذا كان ثم ربح، أما إذا لم يكن، ففي وجوبه وجهان.

ومعنى قول الشيخ: يتقاضاه، أي يطلب قضاءه واستيفاءه وقوله: لينض أي

---

(١) في أ، جـ: قطع.
(٢) في جـ: الثاني.
(٣) في جـ: عين.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: شيئًا.

يصير نقدًا حاصلاً وهو بكسر النون مأخوذ من نضاضة المال وهو بقيته[(١)].

قال: وإن قارض في المرض اعتبر الربح من رأس المال وإن زاد على أجرة المثل:

لأن المعتبر من الثلث ما يخرج من المال، والربح من كسب العامل لا من ماله، وحالة شرطه لم يكن مملوكًا لرب المال.

والفرق بينه وبين العامل في المساقاة إذا شرط له أكثر من أجرة المثل؛ حيث يعتبر من الثلث على المذهب أن الثمرة لا تحدث من العمل بدليل أنها تحدث وإن لم يعمل وإنما حصلت من نفس الشجرة فكانت كمنافع الدار.

قال: وإن مات وعليه دين قدم العامل على سائر الغرماء.

أي: وإن قلنا إنه لا يملك بالظهور لتعلق حقه بعين المال، فلا يتقاعد عن المرتهن، وليس للوارث أن يلزم العامل أخذ حقه من غيرها، صرح به في «البحر».

وكما لا يحسب ما شرط للعامل زائدًا على أجرة مثله من الثلث، لا يحسب ما اشترطه العامل في المرض لنفسه ناقصًا عن أجرة مثله من الثلث؛ صرح به في «الحاوي».

ولنختم الباب بفروع تتعلق به:

ليس للعامل التصرف في الخمر شراء وبيعًا وإن كان ذميًّا، فلو خالف واشترى خمرًا أو خنزيرًا أو أم ولد ودفع ثمن ذلك عن علم فهو ضامن، وإن كان جاهلا فكذلك على الأشهر.

وقال القفال: يضمن في الخمر دون أم الولد؛ إذ ليس عليها أمارة يعرفها.

وفي «التهذيب» عن بعضهم: التسوية بين الخمر وبينها في عدم الضمان.

قال الرافعي: وأبعد منه وجه نقله في «الشامل» أنه لا يضمن حالة العلم أيضًا[(٢)].

---

(١) في أ: بعينه، وفي جـ: تبقيته.

(٢) قوله: ليس للعامل التصرف في الخمر شراء وبيعًا وإن كان ذميًّا، فلو خالف واشترى خمرًا، أو خنزيرًا، أو أم ولد ودفع ثمن ذلك عن علم فهو ضامن، وإن كان جاهلًا فكذلك على الأشهر.
وقال القفال: يضمن في الخمر دون أم الولد إذ ليس عليها أمارة يعرفها.
وفي «التهذيب» عن بعضهم: التسوية بين الخمر وبينها في عدم الضمان.
قال الرافعي: وأبعد منه وجه نقله في «الشامل» أنه لا يضمن حالة العلم أيضًا. انتهى.
وهذا الوجه الأخير نقله الرافعي كذلك، إلا أنه ليس مطابقًا لما في «الشامل»، فإنه إنما حكى الوجه في =

ولو قارضه على أن ينقل المال إلى موضع كذا ويشتري به من أمتعة، ثم يبيعها هناك أو يردها إلى موضع القِراض، فالذي ذهب إليه الأكثرون - كما قال الإمام - فساد القراض؛ لأن نقل المال من قطر إلى قطر عمل زائد على التجارة، فأشبه شرط الطحن والخبز.

ويخالف ما إذا أذن له في السفر؛ فإن الغرض منه رفع الحرج.

وعن الأستاذ أبي إسحاق وطائفة من المحققين: أن شرط المسافرة لا يضر؛ فإنها الركن الأعظم في الأموال والبضائع الخطيرة.

لو قال: خذ هذه الدراهم قراضًا وصارف بها مع الصيارف؛ ففي صحته وجهان(١):

لو خلط العامل مال القراض صار ضامنًا، ثم مع هذا لا ينعزل عن التصرف والربح مقسوم في رأس المال(٢) كما شرط، صرح به الإمام.

وكذا لو قارضه رجلان؛ هذا على مال وهذا على مال، فخلط أحدهما بالآخر، ولو اشترى بمال كل واحد منهما عبدًا(٣) واشتبها عليه، ففي قول: يباعان ويقسم ثمنهما عليهما بالسوية، فإن زاد ثمنهما على رأس المال قُسِّم الربح بينهما على ما شرط.

وإن نقص لزم العامل النقص، وهو محمول عند المتأخرين على ما إذا لم يكن سببه انخفاض السوق.

= الخمر خاصة، ومع ذلك فلم يصرح بكونه في حال العلم، ثم إن الوجه المذكور في شراء الخمر عالمًا أنه لا يصح هو في الذمي دون المسلم؛ لأنه يعتقده مالًا، قاله في «البيان». [أ و].

(١) قوله: «ولو قال: خذ هذه الدراهم قراضًا وصارف بها مع الصيارفة، ففي صحته وجهان. انتهى كلامه.

وما ذكره من حكاية الوجهين في صحة العقد غلط، فإن العقد صحيح وتصح مصارفته مع الصيارفة، لوجود الإذن، وإنما الوجهان في صحة مصارفته مع غيرهم، وقد أوضحه الرافعي فقال: ولو قال خذ هذه الدراهم قراضًا وصارف بها مع الصيارفة، ففي صحة مصارفته، مع غيرهم وجهان.

وجه الصحة: أن المقصود من مثله أن يكون تصرفه تصرفا لا مع قوم بأعيانهم. هذا كلامه.

وذكر في «الروضة» نحوه أيضًا، ولا شك أن المصنف إنما أخذ المسألة من كلام الرافعي فإن الرافعي قال في آخر الباب، وهذه فروع مبددة نختم بها الباب، ثم ذكر هذا الفرع ، وقد فعل المصنف ذلك بعينه، فدل على ما قلناه، وصرح بذلك في «المطلب» فقال: ففي صحة معارضته وجهان في الرافعي، هذا لفظه وكيف تخيل -رحمه الله- منع المصارفة مع الصارف في حالة تصريح المالك بالإذن فيه. [أ و].

(٢) في أ: القراض.

(٣) في جـ: جارية.

وفي قول يحكم بانتقال ملكهما إلى العامل، ويغرم لهما قيمتهما بالسوية، فإن زاد فذاك[1]، وإن نقص غرم قدر النقصان فكأنه مقصر بالنسيان.

وقيل: لا يغرم إلا قدر رأس المال، وهو الذي صار إليه الأكثرون.

وقال الإمام: القياس مذهب ثالث وراء القولين؛ وهو أن يبقى العبدان لهما على الإشكال إلى أن يصطلحا.

لو دفع إليه ألفًا قراضًا ثم ألفًا آخر، وقال: ضمه إلى الأول، فإن لم يتصرف بعد في الأول جاز وكانا رأس المال.

وإن تصرف في الأول لم يجز القراض في الثاني ولا الخلط؛ لأن حكم الأول قد استقر بالتصرف ربحًا وخسرانًا، وربح كل ماله وخسرانه يختص به، والله أعلم بالصواب.

---

(١) في جـ: فذلك.

باب العبد المأذون

اشتقاق العبد من الخضوع والتذلل، يقال: طريق معبَّد أي مذلل، وعبَّدت فلانًا أي: اتخذته ذليلًا.

قال: إذا كان العبد بالغًا رشيدًا، جاز للمولى أن يأذن له في التجارة.

قال الرافعي: بالإجماع؛ ولأنه أهل للتصرف، والمنع كان لحق السيد، فإذا أمره؛ فقد ارتفع المانع.

ولا يشترط في صحة ذلك أن يدفع إليه السيد مالاً؛ ليتجر فيه، بل يجوز ذلك، ويجوز أن يأذن له في أن يشتري في[1] ذمته، كذا أطلقه ابن الصباغ في أواخر باب القراض، وظاهره [يقتضي][2]: أنه لا يحتاج عند الإذن في[3] الشراء في الذمة إلى التقييد بقدر معلوم؛ لأن ذلك لا يثبت في ذمة السيد - كما سنذكره - فشابه إذنه للعبد في النكاح، فإنه لما كان المهر في ذمة العبد، لم يفتقر إلى تعيين المهر ولا الزوجة.

نعم: من قال من أصحابنا: إن السيد يكون مطالبًا بدين التجارة يُجَوِّز أن يشترط تعيين ما يتجر فيه؛ [لما في كثرة التصرفات من الإضرار بالسيد، وهل يشترط تعيين ما يتجر فيه][4]؟

المنقول عن أبي طاهر الزيادي اشتراطه، واختاره الصعلوكي.

وعن الجيلي[5] وغيره: لا، بل له التصرف في أنواع الأموال، ولا يجوز للعبد إذا دفع إليه السيد مالاً ليتجر فيه أن يشتري بأكثر منه إلا أن يقول [له][6] السيد: اجعله رأس مالك، وتصرف، واتجر - فله أن يشتري بأكثر من المدفوع إليه، [وله][7] في كل حال عند [إطلاقه الإذن][8] أن يعقد على عين ما دفعه له[9] السيد وبقدره في الذمة

---

(١) في أ: على.
(٢) سقط في ج، د.
(٣) في أ: إلى.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ج، د: الحليمي.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: الإطلاق بالأذن.
(٩) في أ: إليه.

قال: **وما يكسبه يكون لمولاه**(١)؛ لأنه إن اشترى بما دفع إليه من المال؛ فهو عوض ماله، وإن اشترى في الذمة، فالمشتري من أكسابه، وأكساب العبد لسيده.

قال: **وما يلزمه من دين التجارة يجب قضاؤه من مال التجارة**؛ لتناول إذن السيد لذلك، ويستوي في ذلك الربح ورأس المال، ومن هذا يظهر أن مال التجارة [كالمرهون](٢) بحقوق الغرماء؛ لأنه يتعلق حقهم في(٣) ذمة العبد، كما صرح به الإمام في «النهاية» وسنذكر عن الماوردي وغيره ما ينازع فيه(٤).

قال:- **فإن بقي [عليه](٥) شيء اتبع به إذا أعتق**(٦)، أي: ولا يتعلق برقبته؛ لأنه دين لزمه برضا مستحقه فتعلق بذمته دون رقبته، كما لو أقرض بغير إذن السيد، وكما لا يتعلق برقبته لا يتعلق بأرش الجناية عليها، ولا بالمهر إذا كان المأذون له جارية وقد وطئت مستكرهة(٧).

واعلم أن قول الشيخ: [فإن بقي شيء اتبع به إذا عتق](٨) مع كلامه الأول يدل على أمرين:

أحدهما: - أن دين المعاملة يثبت في ذمة العبد، ولا تعلق له بشيء من أكساب العبد من احتطاب ونحوه.

والثاني: - أنه لا تعلق له بذمة السيد كما صرح به [ابن](٩) الصباغ، وقد حكى الإمام في تعلق دين المعاملة بأكساب العبد من احتطاب، واحتشاش، ونحوه [وجهين](١٠).

أصحهما: - التعلق مع قطعه بألا ينفذ تصرف العبد فيه.

وصاحب «التهذيب» أجرى الوجهين في جواز التصرف أيضًا، وصحح وجه التعلق به والتصرف.

[و](١١) على هذا: إذا فضل عليه شيء من الديون بعد القسمة، استكسب إلى أن يوفيه، فإن لم يتفق الوفاء حتى عتق، قال الإمام: فلا شك أنه مطالب(١٢)؛ فإنه لا يتصور أن يتعلق دين بالكسب إلا وهو متعلق بالذمة.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ: مع.
(٤) في جـ، د: مشارع.
(٥) سقط في أ.
(٦) في التنبيه: عتق.
(٧) في أ: مكرهه.
(٨) في أ: أعتق.
(٩) سقط في جـ، د.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ: يطالب.

ثم إذا أدى، فهل يرجع على مولاه؟ [فيه][(١)] وجهان:
أظهرهما في الرافعي: عدم الرجوع.
وحكى الإمام - أيضًا - في مطالبة السيد بدين التجارة ثلاثة أوجه:
أحدها: لا، كما دل عليه كلام الشيخ؛ لأن السيد بالإذن قد أعطاه استقلالاً، فشرط من تعامله قصر الطمع على ما في يده وذمته.
والثاني: أنه مطالب؛ لأن العقد وقع له؛ فكأنه المشتري، أو لأن العبد وكيل، والموكل مطالب[(٢)] بما[(٣)] يشتريه الوكيل؛ فكذلك السيد، وهذا ما صححه الرافعي وصار إليه القياسيون[(٤)].
والثالث: أن السيد لا يطالب إذا كان في المال الذي في يد العبد وفاء، وإن لم يكن فيه وفاء بالديون طولب.
قال الإمام: ولا خلاف في أن العبد يطالب في حال الرق وبعده، بخلاف الوكيل على رأي؛ لأن عقد العبد يعتمد أكسابه[(٥)]، وهي مملوكة للسيد، ولا يتأتى تعلق الطَّلِبة بالكسب ما لم يتعلق بالذمة، وأمر السيد للعبد في الابتياع استخدام يجب عليه إمساكه؛ فأفضى الأمر إلى ذلك، بخلاف الأجنبي؛ فإن ذلك مفقود فيه[(٦)].
وكما يطالب العبد بثمن ما ابتاعه، فهو مطالب بما قبضه [بها عما][(٧)] خرج مستحقًّا، وقد باعه، وتلف ما قبضه في يده.
وهل يطالب به السيد؟ [فيه][(٨)] الأوجه المذكورة آنفًا، وضعف الإمام الوجه الصائر إلى عدم المطالبة، وقال: لولا أن في «التقريب» رمزًا إليه لم أحكِهِ.
وحكى غيره عن ابن سريج: أن السيد إن كان قد دفع إليه عين ماله، وقال: بعها، وخذ ثمنها، واتجر فيه؛ أو قال: اشتر هذه السلعة وبعها، واتجر في ثمنها ففعل، ثم ظهر الاستحقاق - فالسيد [مطالب][(٩)].
فإن استقل العبد بالشراء دون تعيين السيد، [فلا يطالب السيد][(١٠)] [وقد][(١١)]

---

(١) سقط في أ.
(٢) زاد في أ: بثمن.
(٣) في أ: ما.
(٤) في أ: القايسون.
(٥) في ج، د: اكتسابه.
(٦) في أ: مقصود.
(٧) في أ: ثمنا كما.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في ج، د.

حكى الإمام وجهين[(١)] [في][(٢)] أن العبد في هذه المسألة لا يطالب أصلاً؛ لأن عبارته مستعارة في «الوسيط»؛ فيده يد سيده، وقال: إنه مزيف.

فرع: إذا دفع السيد للعبد ألفًا للتجارة، فاشترى العبد شيئًا في الذمة بألف، وتلف الألف قبل القبض - فالصحيح عند المراوزة: أن السيد يلزمه ألف بدله.

وقيل: لا يلزمه.

فعلى الأول: إذا نقد السيد الألف في الثمن، ثم انفسخ العقد، هل ينفذ تصرف العبد بالألف [بالإذن][(٣)] السابق أم لابد من استئناف إذن؟ فيه وجهان، وعليهما ينبني فسخ العبد العقد بأمر رأى فيه الغبطة: فإن قلنا: لا ينفذ تصرف العبد في الألف؛ فقد انعزل بتلف الألف الأولى.

وإن قلنا: ينفذ، فهو باق على الإذن؛ فينفذ فسخه.

وعلى الثاني: هل ينفسخ العقد كما لو ورد العقد على عينه، أو يكون السيد بالخيار: إن شاء دفع الألف واستمر العقد، وإن شاء لم يبذله ويكون للبائع فسخ العقد حينئذ؟ فيه وجهان:

ثانيهما: اختيار الشيخ أبي محمد، وإليه مال الإمام، وأولهما[(٤)] اختيار القاضي الحسين[(٥)]، والوجهان في الأصل قبل التفريع ينبنيان على نظير المسألة في القراض، وقد رجع حاصل ما ذكرناه عند الاختصار إلى ثلاثة أوجه، وحكى الرافعي معها وجهًا رابعًا: أن الثمن يكون في ذمة العبد.

قال:- ولا يجوز أن يتجر إلا فيما أذن له فيه؛ لأن تصرفه بحكم الإذن [يقصر على محل الإذن][(٦)]؛ كالمضارب، فلو اتجر فيما لَمْ يؤذن له فيه، نظر: إن كان بعين[(٧)] المال بطل، ويجيء فيه قول وقف العقود.

وإن كان في الذمة، فهل يصح؟ حكمه حكم غير المأذون إذا اشترى شيئًا [بثمن][(٨)] في ذمته، وفيه قولان:

اختيار الإصطخري وأبي إسحاق كما حكاه في «المهذب»: المنع، وهو الذي صححه الرافعي، وحكى الإمام وصاحب التقريب القطع [به][(٩)] وعليه يدل كلام

---

(١) في جـ، د: وجهان.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: أيهما.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ، د: تقصر على.
(٧) في جـ، د: بغير.
(٨) سقط في أ.
(٩) بياض في جـ.

القاضي أبي الطيب من بعد [واختار ابن أبي هريرة الصحة وهو ما حكاه في «المرشد»، وقال في كتاب التفليس: إن الشيخ أبا عليٍّ قال في «شرح التلخيص» إنه المذهب][١]؛ لأنه محجور عليه لحق[٢] السيد؛ فنفذ تصرفه فيما لا ضرر عليه [فيه][٣]؛ كالمفلس.

وفرق الإمام بينهما بأن المفلس من أهل التملك بخلاف العبد، وعماد الشراء إمكان الملك للمشتري.

وهذا الخلاف يجري في عقود المعاوضات الصادرة منه سوى النكاح كما ذكرناه عن الأصحاب في باب الضمان.

فعلى[٤] الأول لا يخفى الحكم [وإذا تلف المال في يده تعلق بذمته؛ وما المتعلق بها؟ المذهب: إنه القيمة، وفي كتاب الإقرار من «النهاية» وجه أنه ثمن ما أتلفه][٥].

وعلى الثاني: الملك واقع للعبد أو للسيد؟ فيه وجهان في الرافعي: المذكور منهما في النهاية الأول، ونسبه إلى العراقيين، وقال: إنهم قالوا: السيد بالخيار بين أن يقره عليه وبين أن ينتزعه السيد[٦] من يده، وللبائع الرجوع إلى عين المبيع ما دام في يد العبد، فإن انتزعه السيد من يده؛ امتنع عليه الرجوع في هذه الحالة، وأبدى احتمالاً في جواز الرجوع، وأقامه الرافعي وجهًا، وقال: على قول وقوع الملك للسيد: إن علم البائع بالحال، لم يطالب بشيء حتى يعتق [العبد][٧] فيطالبه، وإن لم يعلم فهو بالخيار بين أن يصبر إلى أن يعتق العبد وبين أن يفسخ، ويرجع إلى عين ماله.

وحكى الإمام في كتاب التفليس وجهين فيما إذا علم البائع برق المشتري حالة العقد:-

أحدهما: - يثبت له الخيار، وهو الذي حكاه الشيخ أبو علي في الشرح.

والثاني: حكاه غيره: أنه لا خيار [له][٨].

وحكى بعد ذلك في فرع عن الشيخ أبي علي القطع بعدم الفسخ فيما إذا كان

---

(١) سقط في جـ، د.
(٢) في أ: بحق.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: ففي.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) في أ: ينزعه.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.

الثمن مؤجلا، ولم يحل، وكذا إذا حل وأبدى لنفسه [إذا حل احتمالاً][(١)].

فرع: هل يجوز للمأذون وغيره قبول الوصية والهبة من غير إذن السيد؟ فيه وجهان:

مختار الإصطخري: المنع.

وأصحهما: الصحة؛ لأنه اكتساب لا يستعقب عوضًا؛ فأشبه الاحتطاب.

وادعى القاضي أبو الطيب في كتاب الوصية: أنه الذي قال به [أكثر][(٢)] الأصحاب، وأنه المذهب.

ثم قال: ومثل هذه المسألة إذا اشترى العبد من رجل شيئًا [بثمن][(٣)] في ذمته، فهل يصح البيع أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح، ويملك السيد ما اشترى العبد، ويثبت الثمن في ذمته يتبعه البائع به إذا عتق.

قال: فإن[(٤)] **أذن له في التجارة لم يملك الإجارة**؛ لخروجها عن التجارة[(٥)] ويملك البيع، والشراء، والمطالبة بالأثمان، وقبض السلع، والرد بالعيب، وطي الثياب ونشرها، ونحو ذلك مما جوز لعامل القراض؛ لأنه حقيقتها[(٦)].

وأطلق الرافعي القول بأن له المخاصمة في العهدة وغيرها.

وقد ذكرنا خلافًا في [أن][(٧)] عامل القراض هل له المخاصمة عند غصب مال القراض أو إتلافه؟ ويتجه أن يكون هنا مثله.

قال: **وقيل يملك ذلك في مال التجارة** أي: كالعبيد، والدواب؛ لأن المنفعة من فوائد الملك، فملك العقد عليها: كالصوف، واللبن.

ولأن التجار يعتادون ذلك، فجرى الإذن عليه، **ولا يملك** [ذلك][(٨)] **في نفسه**؛ لانتفاء هذا المعنى؛ وهذا هو الأصح في الرافعي.

وحكي عن الحليمي أنه يجوز أن يؤجر نفسه أيضًا، وحكاه مجلي في كتاب الإجارة وأن مأخذه أن الإذن في التجارة هل يتضمن الإذن في منافع نفسه أم لا؟ وقد حكيناه من قبل.

فرع: هل يملك المأذون الاستقراض بحكم الإذن في التجارة؟

---

(١) في أ: احتمالا فيما إذا حل.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) في التنبيه: وإن.
(٥) في أ: الأجرة.
(٦) في أ: ونحوها.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في جـ.

حكى الإمام في كتاب الإقرار عن القاضي ترددًا فيه، فإن قلنا يملكه: كان وفاؤه كوفاء ديون التجارة [كما تقدم][١].

قال: - ولا يتصرف إلا على وجه النظر والاحتياط؛ ولا يهب، [ولا][٢] **يتخذ دعوة، ولا يبيع بنسيئة، ولا بدون ثمن المثل** [أي][٣] بما لا يتغابن بمثله، ولا يسافر بالمال إلا بإذن المولى؛ لأنه متصرف للغير؛ فلم يملك ذلك دون إذنه؛ كالوكيل.

وهذا إذا دفع إليه السيد مالاً؛ ليتجر فيه، أما إذا قال: اتجر بجاهك، ولم يدفع له مالاً - فله البيع والشراء في الذمة حالًّا[٤] ومؤجلاً، وكذا له الرهن والارتهان؛ إذ لا ضرر فيه على السيد، فإن فضل في يده شيء؛ كان كما لو دفع إليه مالاً؛ كذا حكاه الرافعي في [كتاب الرهن][٥].

والمراد بالدعوة الضيافة، وهي بفتح الدال عند جمهور العرب.

قال:- وإن اشترى من يعتق على مولاه بغير إذنه لم يصح الشراء في أصح القولين؟ لأن المقصود تحصيل الربح، وذلك ضده فلم ينفذ؛ كما في عامل القراض، وهذا ما نص عليه في «المختصر»، واختاره المزني ويستوي فيه الشراء بالعين[٦] و[في][٧] الذمة؛ كما قاله أبو إسحاق.

والقول الثاني: - أنه يصح؛ لأن العبد لا يصح منه الشراء لنفسه، وإذا أذن له السيد فكأنه أقامه مقام نفسه في جميع الابتياع والتصرف؛ بخلاف العامل، وهذا ما نص عليه مع الأول في الدعاوى والبينات.

ومحله: إذا لم يكن عليه دين.

أما إذا كان عليه دين؛ فإن قلنا: لا يصح عند عدم الدين فها هنا أولى.

وإن قلنا: يصح[٨] فهاهنا قولان:

أحدهما: - يصح ويباع[٩] العبد.

والثاني: - يبطل الشراء.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: فلا.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) في أ: إليه.
(٥) في أ: الرد.
(٦) في أ: العين.
(٧) سقط في أ.
(٨) زاد في أ: ثم.
(٩) في أ: ويتبع.

قال الروياني: - وهذا حسن[(١)] قاله أبو إسحاق وقال ابن أبي هريرة وجهان:
أحدهما: لا يصح.

والثاني: يصح ويعتق [عليه][(٢)] ويكون دين الغرماء في ذمة السيد، فحصل في حالة الدين ثلاثة أوجه[(٣)] كما حكاها ابن الصباغ: -

أحدها: - يبطل الشراء.

الثاني: - يصح، ولا يعتق.

والثالث: - يصح، ويعتق، والثمن[(٤)] في ذمة السيد.

قال: - وإن اشترى أباه بإذنه أي اشترى العبد أبا سيده[(٥)] بإذنه صح الشراء؛ إذ المنع كان لحقه فسقط بإذنه وعتق عليه إن لم يكن عليه دين؛ لتحقق الملك، وعدم تعلق حق الغير به.

قال: - وإن[(٦)] **كان عليه دين ففي العتق قولان:**

وجه المنع: تعلق حقوق الغرماء به.

ووجه الوقوع: تحقق الملك.

قال المحاملي وغيره: وهذان القولان، كالقولين في عتق الراهن فإن نفذناه[(٧)] فعلى السيد قيمته للغرماء، فلو كان معسرًا.

قال الشيخ أبو حامد لم يعتق وجهًا واحدًا، وهذا منه[(٨)] يدل على [أن الغرماء يتعلق حقهم بما في يد العبد قولًا واحدًا، وفي كلام الماوردي ما يدل على][(٩)] خلاف فيه فإنه قال: [إذا اشترى][(١٠)] العبد بإذن سيده والده، فهل يعتق بمجرد الشراء، أو دفع الثمن؟ فيه وجهان مبنيان على وجهين في أن غرماء العبد هل ملكوا حجرًا بديونهم على ما [في يده][(١١)] أم لا؟

فروع:

أحدها: - إذا[(١٢)] اشترى العبد المأذون جارية، فهل يجوز للسيد تزويجها؟

---

(١) في أ: أحسن.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) زاد في أ: كما.
(٤) في أ: والدين.
(٥) في أ: والسيد.
(٦) في التنبيه: فإن.
(٧) في جـ، د: يفدياه.
(٨) في جـ، د: منهم.
(٩) سقط في جـ، د.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: بيده.
(١٢) زاد في جـ: إذا.

ينظر: إن لم يكن عليه دين؛ جاز بإذن العبد، وهل يجوز بدونه[١]؟ فيه وجهان:
أصحهما: نعم.
والثاني: لا، إلا أن يعيد الحجر عليه.
وإن كان عليه دين: فإن زوجها بإذن الغرماء والعبد - صح، وإن زوجها بإذن العبد دون الغرماء، أو [بإذن][٢] الغرماء دون العبد - لم يصح على أصح الوجهين؛ لأنهم يتضررون به.
أما العبد؛ فلأن التزويج ينقص قيمتها، والباقي من الدين يتعلق بذمته. وأما الغرماء؛ فلأنهم لم يرضوا بتأخير حقوقهم وتعلقها بذمته إلى أن يعتق.
وبيع السيد وهبته ووطؤه هذه الجارية؛ كالتزويج في حالة قيام الدين وعدمه؛ هكذا حكاه الرافعي في كتاب النكاح.
ولم يحك في «التتمة» خلافًا في جواز البيع، بل استشهد به على جواز التزويج بغير إذن الغرماء.
[وألحق الإمام][٣] في كتاب الضمان تبرع السيد بما في يد العبد قبل الحجر عليه بوفاء مال الضمان مما في يده بعد الإذن فيه، وقال: إن فيه قولين.
وإذا وطئ بغير إذن الغرماء فهل عليه المهر [لهم][٤]؟ فيه وجهان:
أحدهما: لا؛ كما لو وطئ المرهونة.
والثاني: يجب، والفرق: أن منفعة المرهونة للراهن، ومنفعة رقيق المأذون الذي عليه دين لا تكون للمالك.
و[٥] لو أحبلها، فالولد حر، والجارية أم ولد؛ إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا لم تصر أم ولد، وتباع في الدين، ويجب عليه قيمة الولد.
الثاني: - لا يجوز للسيد معاملة عبده المأذون في الشراء والبيع منه؛ لأن ما في يده ملكه، بخلاف المكاتب.
وحكى الإمام في آخر باب القراض عن العراقيين في جواز معاملته إذا ركبته الديون وجهين.
الثالث: - لا يجوز لمن عرف رق المأذون ولم يعرف الإذن له معاملته [فلو عامله، ثم ظهر أنه مأذون له كان كما لو باع مال أبيه على ظن أنه حيٌّ فإذا هو

---

(١) في أ: بإذنه.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: فلو.

ميت، ولمن لا يعرف رقه ولا حريته][1] ويجوز لمن عرف الإذن للعبد أن يعامله، وله أن يمتنع من دفع ثمن ما يشتريه منه إليه إلا ببينة تشهد بالإذن؛ خشية من إنكار السيد، كما قلنا فيما إذا اعترف من عليه دين لشخص بأنه وكيل عن رب الدين[2]، ولو شاع في الناس أنه مأذون له ولا بينة، فهل يجوز معاملته؟ فيه وجهان: أصحهما: نعم؛ لأن إقامة البينة لكل معامل مما يشق.

ولو عرف كونه مأذونًا، فقال العبد: حجر على السيد امتنع عليه معاملته، وكذا لو قال السيد: لم أعزله على أصح الوجهين ولا ينعزل العبد بإباقه بحال، وكذا بعزله نفسه كذا[3] صرح به المتولي.

قال: - **وإن ملكه السيد مالاً لم يملكه**[4] **في أصح القولين** وهو الجديد؛ لأنه مملوك فلم يملك؛ كالبهيمة؛ ولأن التمليك سبب يملك به المال فلا يملك به العبد؛ كالإرث، **ويملك في الآخر** وهو القديم **ملكًا ضعيفًا** [5]**يملك المولى انتزاعه منه**؛ لقوله عليه السلام: «من ابتاع عبدًا وله مال؛ فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»[6] فأثبت له ملكًا، وجعله يرجع للسيد بالبيع، وذلك يدل على ضعفه.

قال:- **ولا تجب فيه الزكاة** أي لا على العبد؛ لضعف ملكه، ولا على السيد لزوال ملكه عنه، وكذا لا يعتق على العبد أباه إذا كان هو الملك.

وقد[7] قال[8] الأصحاب: إن الحديث غير ثابت، على أنه حجة الجديد، فإن العبد لو ملك لم يكن للبائع، وقد دل الحديث على أنه للبائع فدل على أن العبد لم يملكه، والإضافة إليه غير حقيقية على القديم.

فروع:

أحدها: - هل يحتاج العبد إلى القبول عند التملك؟ فيه وجهان ينبنيان على أن السيد هل يملك إجبار عبده على النكاح؟ حكاهما في «التتمة» في كتاب البيوع

---

(١) سقط في أ. (٢) في أ: المال. (٣) في أ: كما.

(٤) في التنبيه: لم يملك. (٥) زاد في التنبيه: و.

(٦) أخرجه البخاري (٥/ ٦٣) كتاب الشرب والمساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط، حديث رقم (٢٣٧٩)، ومسلم (٣/ ١١٧٣) كتاب البيوع، باب: من باع نخلا[عليها تمر رقم (٨٠/ ١٥٤٣) وتمام الحديث كما في الصحيحين «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدًا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع».

(٧) في أ: وقد. (٨) في جـ، د: حكى.

قبل الفصل الرابع في اعتبار القدرة على التسليم بورقتين.

الثاني:- إذا كان الملك جارية فهل يحل له وطؤها؟! الذي جزم به ابن الصباغ: الحل، وجعله فائدة الملك، وكذا التكفير بالمال، والذي حكاه الإمام: أن السيد إن أذن له في الوطء جاز عند الجمهور خلافًا للأستاذ أبي إسحاق، وإن لم يأذن له امتنع عند الجمهور.

وفيه وجه ضعيف، ثم قال: ولعل صاحب «المهذب» يطرد مذهبه في أكل الطعام المملك، وشرب الشراب.

نعم كل ما يقتضيه زوال الملك فهو متعلق بتمليك السيد عبده من انقطاع الحول، ووجوب الاستبراء إذا رجع، وما يتعلق بصورة الملك فهو يحصل بملك العبد؛ كانفساخ النكاح [إذا ملكه][(١)] [زوجته، وما يستدعي كمالا في الملك لا يحصل في ملك العبد؛ كتقدير العتق][(٢)] إذا ملَّكه سيدهُ أباه أو ابنه.

الثالث: - إذا ملك الرجل عبدين: سالمًا، وغانمًا، فملك كل واحد منهما صاحبه - فالملك يثبت للآخر على الأول.

ولو وكل وكيلين حتى يهبا سالمًا لغانم وغانمًا لسالم، ثم جرى ذلك منهما جميعًا - لم ينفذ واحد منهما[(٣)].

الرابع:- السيد[(٤)] لا يعامل عبده فيما ملكه حتى لو ابتاع منه شيئًا فما ابتاعه منه راجع إلى السيد، وما بذله السيد [من الثمن هل يملك للعبد][(٥)]؟ فيه وجهان: -

أصحهما في النهاية: لا.

الخامس: إذا أُتلِفَ ما ملك العبد، فهل ينقطع حق العبد، وتكون القيمة للسيد، أو تنتقل القيمة إلى العبد؟ فيه وجهان:

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ.

(٣) قوله: في التفريع على أن العبد يملك بتمليك سيده: ولو وكل وكيلين حتى يهبا سالمًا لغانم وغانمًا لسالم، ثم جرى منهما جميعًا ذلك؛ لم ينفذ واحد منهما. انتهى كلامه.
وتعبيره بقوله: جميعًا سهو، بل الصواب: أن يقول معًا، أي في وقت واحد، وإما إذا صدر منهما جميعًا فلا يستلزم ذلك إبطالهما، بل يحكم بصحة المتأخر، ويكون رجوعًا عن المتقدم، وقد صرح به الرافعي على الصواب. [أ و].

(٤) في جـ: العبد. (٥) في أ: ثمنًا هل يملكه العبد.

أفقهما: - الانقطاع؛ حكاهما الرافعي[١] في الركن الرابع من القسامة.

السادس: لو أعتق السيد قبل أن يسترجع منه ما ملكه هل ينقطع ملك العبد ويعود إلى السيد؟

قال الماوردي في كتاب القسامة: إنه لا يسترجعه منه؛ كما إذا ملك أم ولده شيئًا، وقلنا بالقديم إنها تملكه، فإن للورثة الانتزاع منه؛ لبقائه على رقه.

وفي «تعليق» القاضي الحسين في كتاب القسامة أيضًا: أنه لو أعتقه عاد الملك إليه، والله أعلم.

(١) زاد في أ: عن الإمام فهو.

باب المساقاة

المساقاة اسم لعقد لازم، يعقده مالك الشجرة مع إنسان يحسن القيام بتعهد الأشجار، على تعهدها بالسقي والتربية، على أن ما يرزقه الله من ثمرة فيها يكون بينهما على حسب ما يشترطانه.

واشتق هذا الاسم من السقي دون سائر[1] الأعمال؛ لأنه [أنفع الأعمال فيها][2] وأكثر، لا سيما في الحجاز، فإن غالب ما تسقى الأشجار فيه من الآبار.

وقيل: لأنها معاملة على ما يشرب بساقٍ.

وقيل: لأن موضع النخل والشجر يسمى سقيًا فاشتقوا اسم المساقاة منه.

والأصل في مشروعيتها قبل اتفاق الصحابة والتابعين عليها: ما روى مسلم عن ابن عمر، قال: «أعطى رسول الله ﷺ خيبر بشطر[3] ما يخرج منها من ثمر أو زرع»[4].

وروي عنه أيضًا أن النبي ﷺ «أعطى[5] يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم، وأن لرسول الله ﷺ [شطرها] »[6].

وغير ذلك من الأخبار، ولا يقال: إن أهل خيبر كانوا عبيدًا للمسلمين وأن أرض خيبر كانت لأهل خيبر، فما فعله رسول الله ﷺ مخارجة أو جزية؛ لأن عمر أجلاهم عنها لما سحروا ولده عبد الله فتكوعت يده.

ولو كانوا عبيدًا للمسلمين، أو الأرض لهم؟ لما فعل عمر ذلك.

---

(١) في أ: باقي. (٢) سقط في ج، د. (٣) في أ: يشرط.

(٤) أخرجه البخاري (٥/ ١٠) كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشطر، حديث (٢٣٢٩)، ومسلم (٣/ ١١٨٦) كتاب المساقاة: باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع حديث (٢/ ١٥٥١).

(٥) في أ: دفع إلي.

(٦) سقط في أ، والحديث أخرجه البخاري (٥/ ١٨) كتاب الحرث والمزارعة، باب: المزارعة مع اليهود برقم (٢٣٣١)، ومسلم (٣/ ١١٨٧) كتاب المساقاة، باب: المساقاة والمعاملة برقم (٥/ ١٥٥١).

وأيضًا: فقد قال عمر لرسول الله: «إني مَلَكتُ مائةَ سَهم من خيبر، وهو مال لم[١] أصب قط مثلهُ ...؟» الحديث[٢]. وذلك ينفي السؤال.

ومن جهة المعنى: أن الأشجار أعيان لا يجوز إجارتها ولا [يزكو نماؤها][٣] إلا بالعمل عليها فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها؛ كالدنانير، والدراهم في القراض، ولا ترد المزارعة؛ لأن إجارة الأرض ممكنة ولا المساقاة على أصول البطيخ ونحوها؛ لأنها تنمى من غير عمل والعمل يقع[٤] في غيرها وهو الأرض.

قال: -من جاز تصرفه في المال صح منه عقد المساقاة لأنه تصرف في المال.

قال: - وينعقد بلفظ المساقاة؛ لأنه موضوع له وبما يؤدي معناه أي كقوله: اسق هذا النخل، وتعهده بكذا من ثمرته؛ لوفائه بالمقصود.

قال الرافعي: ويشبه أن يكون هذا من الأئمة جوابًا على انعقاد العقود الكنايات مع النية، أو يكون ذهابًا إلى أن صرائح هذا العقد غير[٥] محصورة؛ كما قيل في الرجعة على رأي، ولا بد في هذا العقد[٦] من القبول لكونه لازمًا بخلاف القراض حيث لم يشترط على وجه؛ كما صار إليه القاضي فيما إذا لم يأت بلفظ القراض، ولا يشترط مع ذلك بيان أعمال المساقاة، بل يحمل في كل ناحية على عرفها الغالب إذا عرفه المتعاقدان دون ما إذا لم يعرفه أحدهما.

وفيه وجه: أنه يشترط تفصيلها وإن عُرِفَ[٧] العرف؛ لأنه يكاد يضطرب.

فروع:[٨]

لو قال خذ هذه النخلة واعمل عليها بكذا، ففي ابن يونس: أنه يصح.

وفي «النهاية»: أنه لا يصح ما لم يبين الأعمال التي تستحق على العامل.

---

(١) في أ: ما.

(٢) أخرجه البخاري (٦/ ٥٧) كتاب الوصايا، باب: الوقف كيف يكتب؟ برقم (٢٧٧٢) ومسلم (٣/ ١٢٥٥) كتاب الوصية، باب الوقف رقم (١٥/ ١٦٣٢) بلفظ: «أني أصبت أرضًا بخيبر، لم أصب مالاً قط هو أنفس عندي منه» وأخرجه النسائي (٦/ ٢٣٢) كتاب الأحباس، باب: حبس المشاع، بلفظ.
«إني أصبت مالاً لم أصب مثله قط، كان لي مائة رأس فاشتريت بها مائة سهم من خيبر من أهلها، وإني قد أردت أن أتقرب بها إلى الله عز وجل...الحديث.

(٣) في أ: تركوا أثمارها. (٤) في أ: بيع. (٥) في جـ: عين.

(٦) في أ: العقود. (٧) في أ: عرفا. (٨) في أ: فرع.

ولو قال عاملتك على هذه الأشجار لتعمل عليها على كذا ففيه وجهان:

وجه البطلان: أن هذا من أحكام العقد، فلم ينعقد [به][(١)] العقد.

قال الماوردي: - وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا في البيع إذا عقد بلفظ التمليك، ومقتضى هذا: أن يكون الصحيح عنده المنع؛ كما حكاه في لفظ التمليك، وعلى قول الصحة هل يحتاج إلى تفصيل الأعمال؟ فيه تردد حكاه الإمام.

ولو قال: استأجرتك على سقي هذه الأشجار، وتعهدها بكذا من ثمرها وهي مفقودة؛ لم يصح إجارةً[(٢)]؛ لجهالة[(٣)] الأجرة، ولا كناية في المساقاة؛ لأن ذلك عقد على منفعة.

ولفظ الإجارة صريح فيه فلا يكون كناية فيه.

وفي «الوسيط» حكاية وجه: أنه [يجوز][(٤)]؛ لما بين العقدين من المشابهة، وهو جار في انعقاد الإجارة بلفظ المساقاة.

وحاصل الخلاف كما قيل راجع إلى أن العبرة باللفظ أو المعنى.

وإن كانت الثمرة موجودة لم يبد صلاحها لم تصح إجارةً[(٥)] أيضًا؛ لأن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لا يصح بدون شرط القطع.

وقطع البعض متعذر[(٦)].

ولا تصح مساقاةً[(٧)] على الوجه الضعيف أيضًا إن منعنا المساقاة [على][(٨)] الثمرة الموجودة، وإن جوزناها:

فيتجه أن يجيء الوجه الضعيف هنا أيضًا.

وإن كان قد بدا صلاحها - صح العقد إجارة.

قال: - ويجوز على الكرم والنخل أما [على][(٩)] النخل؛ فلما تقدم.

وأما [على][(١٠)] الكرم فبعضهم قال: إن الشافعي قاسه على النخل بجامع ما اشتركا فيه من وجوب الزكاة وظهور الثمرة وإمكان خرصها.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: الإجارة.
(٣) في أ: بجهل.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) في أ: الإجارة.
(٦) في أ: يتعذر.
(٧) في جـ، د: المساقاة.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في جـ، د.
(١٠) سقط في جـ، د.

وقال الماوردي إنه أشبه، وبعضهم قال إن الشافعي أخذه بالنص، وهو ما روي عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ «عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من النخل والكرم»[(١)]، كذا حكاه في «البحر».

وهذا القول هو ظاهر لفظه في «المختصر»؛ فإنه قال: فإذا ساقى على النخل أو العنب بجزء معلوم؛ فهي المساقاة التي ساقى عليها رسول الله ﷺ.

فرع: هل يجوز الخرص فيهما في المساقاة؟ فيه قولان حكاهما القاضي الحسين وغيره - وفائدتهما تظهر من بعد-:

أحدهما:- يجوز كما يجوز في الزكاة تمسكًا بما روي أنه - عليه السلام-: «أرسل عبد الله بن رواحة خارصًا لخيبر فخرص نخلها عليهم»[(٢)].

والثاني:- لا يجوز؛ لأنه ظن وتخمين وما جاء في الحديث كان معاملة بين المسلمين [والمشركين ويعفى في المعاملة مع المشركين ما لا يعفى عنه في المعاملة بين اثنين من المسلمين][(٣)].

تنبيه: أراد الشيخ بالكرم العنب، وكان الأولى ألا يذكر لفظ «الكرم»، ويذكر لفظ العنب كما حكيناه عن لفظ الشافعي في «المختصر»؛ لأنه ثبت في صحيح مسلم[(٤)]: «لا تقولوا: الكرم وقولوا: الحَبلةَ يعني العنب»[(٥)].

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢٧٥) كتاب الحرث والمزارعة، باب: المزارعة بالشطر ونحوه، برقم (٢٣٢٨)، ومسلم (٣/ ١١٨٦) كتاب المساقاة، باب: المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، برقم (١/ ١٥٥١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه أحمد (٦/ ١٦٣)، وأبو داود (٢/ ٢٨٤) كتاب البيوع، باب: في الخرص، برقم (٣٤١٣)، وابن خزيمة (٤/ ٤١) كتاب الزكاة، باب: بعثة الإمام الخارص يخرص الثمار، برقم (٢٣١٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤/ ١٢٣) من حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها.

(٣) سقط في أ.

(٤) أخرجه مسلم (٤/ ١٧٦٥) كتاب الألفاظ من الأدب وغيرها، باب: كراهة تسمية العنب كرمًا، برقم (١١، ١٢/ ٢٢٤٨).

(٥) قوله تنبيه: أراد الشيخ بالكرم العنب، وكان الأولى ألا يذكر لفظ «الكرم»، ويذكر لفظ «العنب» كما حكيناه عن لفظ الشافعي في «المختصر»؛ لأنه ثبت في «صحيح مسلم»: «لا تقولوا الكرم». انتهى. واعلم أن الشافعي وإن عبر في موضع بالعنب، لكنه عبر في هذه المسألة بخصوصها في «المختصر» بما عبر به الشيخ فقال: فالمساقاة جائزة بما وصفت في النخيل والكرم دون غيرهما، هذا لفظ الشافعي، وكلام المصنف يوهم أن الشافعي لم يقع منه التعبير بالكرم خصوصا في هذه المسألة من «المختصر». [أ و].

قال: - **وفيما سواهما من الأشجار قولان** - أي الأشجار المثمرة كالتين والكمثرى والمشمش والتفاح ونحوهما.

وجه الجواز، وهو القديم وبه قال أبو ثور-: «ما روى الدارقطني بسنده أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بالشطر مما يخرج من النخل والشجر»(١).

ولأن الحاجة تدعو إليها في [هذه الأشجار كما تدعو إليها في](٢) النخل فألحقت به.

ووجه المنع - وهو الجديد والأصح-: أنها أشجار لا تجب الزكاة في ثمارها فلا تجوز المساقاة عليها؛ كالموز، والصنوبر(٣).

والخبر محمول على شجر خيبر [ولم يكن](٤) [بها](٥) سوى النخل، والكرم، ويخالف النخل والكرم؛ لأن ثمارها لا تنمو إلا بالعمل فيها؛ فالنخل يحتاج إلى اللقاح والكرم للكساح وسائر الأشجار تنمو من غير تعهد وعمل فيها، وبنى القاضي الحسين والفوراني القولين على القولين في جواز الخرص في النخل والكرم، كما تقدم: إن جوزناه لم تجز المساقاة فيما عداهما من الأشجار؛ لأن الخرص لا يتأتى فيها، وإلا جاز؛ لأن الخرص على هذا القول ساقط الاعتبار.

قال الماوردي: والخلاف المذكور فيما [إذا](٦) أفردت هذه الأشجار بالعقد عليها، أما إذا وقع العقد على النخل وهي في وسطه(٧) قليلة جازت المساقاة عليها تبعًا؛ كما تجوز [المزارعة تبعًا](٨).

التفريع:

إن قلنا بالجديد قال ابن سريج تجوز المساقاة على المقل(٩) وجهًا واحدًا؟

قال القاضي أبو الطيب: - وهو المنصوص والصحيح أنه على القولين. انتهى.

وإن قلنا بالقديم: فهل تجوز المساقاة على شجر الفرصاد الذي يصلح ورقه

---

(١) أخرجه الدراقطني في السنن (٣/ ٣٧)، وحكى عن شيخه ابن صاعد أن شيخه وهم في ذكر الشجر ولم يقله غيره.

(٢) سقط في جـ، د.

(٣) زاد في أ: العرب، وفي جـ: و. ثم بياض.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) في جـ: قسطه.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: النقل.

للقز، وعلى شجر الخلاف لينتفع بأغصانه بعد سنة أو سنتين[(١)]؟ فيه وجهان: حكاهما الشيخ أبو علي.

ووجه الجواز إقامة الورق والأغصان مقام الثمرة.

[تنبيه:][(٢)] احترز الشيخ على القديم بلفظ الشجر عما ليس بشجر من الخضراوات؛ كالبطيخ، والخيار ونحوهما، وعن قصب السكر، والباذنجان والبقول، والقصب ونحو[(٣)] ذلك، فإنه لا يجوز عقد المساقاة عليها.

وفي «التتمة» حكاية وجه فيما إذا كانت البقول تجزُّ مرة بعد أخرى أنه يجوز على القديم.

قال: - **وإن ساقاه على ثمرة موجودة ففيه قولان:**

أحدهما: - وهو المنصوص في «الأم»، والصحيح في الرافعي، وقال القاضي الحسين، والإمام: إنه الجديد أنه يجوز.

ووجهه: ما حكاه القاضي الحسين عن الشافعي أن المساقاة لما جازت قبل خروج الثمرة فبعدها أجوز، ومن الغرر أبعد.

قال القاضي: وهذا يدل على أن الذي يخرج كله [لرب النخل][(٤)]، ثم يستحق العامل جزاء.

والثاني: - [أنه][(٥)] لا يجوز؛ لفوات بعض الأعمال؛ ولأن الثمرة إذا ظهرت فَقَدْ ملكها رب النخل، فكان شرط جزء منها للعامل كشرط جزء من النخل.

وهذا القول رواه[(٦)] البويطي كما حكاه الماوردي، وقال إنه المشهور من المذهب، وهو الذي صححه الروياني.

وقال القاضي الحسين، والإمام: إنه القديم واستبعد الرافعي أن يكون هذا قولاً قديمًا؛ لأن «البويطي» معدود من الكتب الجديدة [ولا وجه لاستبعاده فإن «الأم» من الكتب الجديدة][(٧)] أيضًا.

وفيها[(٨)] ما هو معزي إلى القديم.

واعلم أن هذا الخلاف جارٍ[(٩)] على المشهور في الطريق فيما إذا كانت الثمرة

---

(١) في أ: سنين.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) في جـ، د: نحو.
(٤) في جـ، د: للنخل.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) في أ: رواية.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: فمنها.
(٩) في أ: جاء.

لم يبد صلاحها، أما إذا بدا صلاحها فبعضهم أجراه أيضًا [مجرى][(١)] ما لم يتبين نضجها ولم يبق إلا الجداد وهو قضية إطلاق الشيخ، والماوردي حيث قال: حكي عن الشافعي في «الإملاء» جوازه بلا تفصيل، ولعل هذا على قولنا: إن العامل أجير لا شريك، وهو ما صرح به البندنيجي حيث قال: إذا ساقاه بعد ظهور الثمرة وقد بلغت أوان الجداد فهي باطلة قولاً واحدًا، وإن كان قد بقي من العمل عليها ما فيه مستزاد فيها بالسقي والتسوية وقطع الحشيش المضر بالنخل ففيه قولان:

قال في القديم: يصح.

وقال في الجديد[(٢)]: لا يصح.

وهذا على الضد مما حكيناه عن الإمام والقاضي.

وبعضهم جزم بالإبطال، وهي الطريقة التي جعلها الرافعي أظهر؛ لأنها لا تتأثر بالعمل بعد، و[بها][(٣)] جزم ابن الصباغ، والقاضي أبو الطيب.

وحكى القاضي الحسين [الخلاف][(٤)] في هذه الحالة مرتبًا على الخلاف فيما إذا لم يبد صلاحها[(٥)] وأولى بالبطلان.

وفرق بأن بعد بدو الصلاح فات[(٦)] معظم الأعمال، والمساقاة عقد عمل، وقبله بقي المعظم، وجزم الفوراني والمسعودي بالجواز قبل بدو الصلاح لهذا المعنى، وقد حكينا الخلاف في الجواز بعده.

قال: - وإن ساقاه على ودي[(٧)] **إلى مدة لا تحمل فيها** أي غالبًا كما[(٨)] قاله المحاملي، والبندنيجي، وغيرهما لم يصح؛ لأن المقصود أن يشتركا في الثمرة، وذلك معدوم.

وفي «الوسيط» حكاية وجه في الصحة، ولم أر في «النهاية» تصريحًا به.

قال: وهل يستحق أجرة العمل؟

فيه وجهان:

وجه النفي:- وهو ما صار إليه المزني، كما حكاه الشيخ في «المهذب» وغيره:- رضاه بالعمل بغير عوض؛ إذ المسألة مصورة بما إذا عرف الحال، أما إذا لم يعرفه فإنه يستحقها وجهًا واحدًا، وفيما وقفت عليه من «النهاية» حكاية خلاف في هذه الحالة أيضًا.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ج، د: البويطي.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: صلاح الثمرة.
(٦) في ج، د: فإنا.
(٧) في التنبيه: الودي.
(٨) في ج، د: لما.

ووجه الاستحقاق: أن العمل في المساقاة يقتضي العوض فلا يسقط بالرضا، [كالوطء][(١)] في النكاح، وهذا ما صار إليه ابن سريج، وبه جزم الشيخ في نظير المسألة عن[(٢)] القراض وهي ما إذا قال: قارضتك على أن [يكون][(٣)] الربح كله لي، أما إذا كانت تحمل فيها غالبا صح كما صرح به الماوردي وغيره. وعبارة الروياني: أن شرط الصحة أن يقدر بالمدة التي أجرى الله - تعالى - العادة بأن الثمار تُطْلِع فيها إطْلاعًا متناهيًا وفي هذه العبارة زيادة على الأولى، فإن [بين التناهي][(٤)] ومجرد الحمل فرقًا ظاهرًا.

وفي «النهاية» حكاية وجه: أنها لا تصح، وإن غلب [على][(٥)] الظن الوجود [فيها ما][(٦)] لم يتحقق، وضعفه.

تنبيه: الودي: بكسر الدال المهملة وتشديد الياء صغار النخل، وتسمى[(٧)] أيضًا الفسيل.

قال: وإن كان إلى مدة قد تحمل فيها وقد لا تحمل أي: وليس أحدهما أظهر، كما صرح به المحاملي والبندنيجي والجمهور، فقد قيل: يصح؛ لأنه يرجى وجود الثمرة [فيها][(٨)] فهو كشرط مدة توجد [الثمرة فيها][(٩)] غالبا، فعلى هذا لو لم تظهر ثمرة لا يستحق [العامل][(١٠)] شيئا، كما لو ساقاه على نخل يحمل فلم يطلع.

وقيل: لا يصح؛ لأنه عقد أجير على عوض غير موجود ولا الظاهر وجوده، فهو كالسلم في معدوم لا يوجد غالبا في المحل المشروط.

وهذا ما صار إليه أبو إسحاق، وصححه الرافعي وغيره.

قال: وللعامل أجرة المثل أي: على هذا القول وإن لم يطلع؛ لأنه لم يرض أن يعمل مجانا ولم يسلم نفسه له ما شرط له فرجع إلى البدل ولا خلاف في أنه إذا ساقاه على عشر سنين مثلا وجوزنا ذلك أنا لا نعتبر العلم بحمل الأشجار، أو الظن به في كل سنة بل يكفي العلم أو الظن بحملها قبل فراغ المدة.

قال: وإن ساقاه على ودي يغرسه ويعمل عليه لم يصح؛ أي: سواء شرط له

---

(١) في أ: كما لو وطئ. (٢) في جـ، د: في. (٣) سقط في أ.
(٤) في أ: بين المتناهي، وفي جـ، د: ثمن التناهي.
(٥) سقط في جـ، د. (٦) في أ: فيما. (٧) في أ: يسمى.
(٨) سقط في جـ، د. (٩) سقط في جـ، د. (١٠) سقط في جـ، د.

جزءًا من الودي أو جزءًا من [ثمرته][(١)] عند حدوثها، وقد عقد إلى مدة يحمل في مثلها، [لأن هذا][(٢)] تعليق للمساقاة على [صفة، وفيه مشابهة المساقاة على][(٣)] الزرع لكونها لم ترد على أصل ثابت، ولأنه في الحالة الأولى [يشبه المزارعة][(٤)].

وفي [الحالة][(٥)] الثانية قد شرط عليه الغرس، وليس [هو][(٦)] من أعمال المساقاة فكان كضم عِير التجارة إلى عمل القراض.

وفي الحالتين وجه عن رواية صاحب «التقريب»: أنه يصح، وحكاه في الثانية غيره، وعلى الصحيح إذا عمل العامل في هذا العقد الفاسد استحق أجرة المثل إن كانت الثمرة متوقعة في المدة، وإن لم تكن متوقعة فعلى ما ذكرناه من خلاف ابن سريج والمزني.

قال: **ولا تجوز المساقاة إلا إلى مدة معلومة** خلافًا لأبي ثور حيث قال: مطلقها يحمل على سنة، ولنا عليه أنه عقد لازم فافتقر [فيه][(٧)] إلى تقدير المدة حتى لا يتضرر واحد منهما كالإجارة ويخالف القراض حيث لم يعتبر فيه التأقيت؛ لأنه [ ][(٨)] يخل بمقصوده؛ لأن الربح ليس له وقت معلوم، وربما لا يحصل في المدة المقدرة، ولحصول المقصود في هذا العقد وهو الثمار غاية معلومة يسهل ضبطها فإن قيل قد روي أن النبي ﷺ قال لليهود لما[(٩)] افتتح خيبر: «أُقِرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ؛ عَلَى أَنَّ الثَّمَرَةَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ»[(١٠)] وهذا يدل على جواز عقدها [لا][(١١)] إلى مدة فالجواب عنه من وجهين: -

أحدهما: - أنه - عليه السلام - قال ذلك لهم؛ لأنهم لا يرون النسخ فشرط عليهم ذلك؛ قطعا لتوهم من يتوهم منهم اللزوم فيه ومثل هذا الشرط جائز؛ لأنه

---

(١) في جـ، د: الثمرة منه. (٢) في أ: لأنها. (٣) سقط في جـ، د.
(٤) في جـ، د: شبيه بالمزارعة.
(٥) سقط في أ. (٦) سقط في أ. (٧) سقط في جـ، د.
(٨) زيادة في أ: جائز مع أن التأقيت.
(٩) في أ: حين.
(١٠) أخرجه الشافعي في مسنده، ص (٢٢٢) برقم (١٠٩٠)، ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى (٤/ ١٢٢) كتاب الزكاة، باب: خرص التمر، والدليل على أن له حكمًا.
(١١) سقط في جـ، د.

عليه السلام كان يوحى إليه، ولا يجوز لواحد منا لعدم الوحي.

الثاني: قاله الماوردي: أنه - عليه السلام - إنما شرط ذلك في عقد الصلح لا في عقد المساقاة.

فرع: لو أَقَّت المدة بإدراك الثمار هل يصح؟ فيه وجهان: -

وجه المنع فيه. قال الأكثرون: الجهل بوقت الإدراك.

ووجه الجواز وهو الأصح عند الرافعي: أن ذلك هو المقصود[1] في هذا العقد فكان التأقيت به أولى، فعلى هذا لو قال: ساقيتك سنة، فهل يحمل على سنة عربية أو على سنة الإدراك؟ فيه وجهان:

أصحهما عند أبي الفرج السرخسي: الثاني وإن قلنا: بالأول أو أقت بالزمان فأدركت الثمار في بعض المدة وجب على العامل أن يعمل في باقي المدة ولا أجرة له، وإن انقضت المدة وعلى الأشجار طلع أو بلح فللعامل نصيبه منها، وعلى المالك التعهد إلى الإدراك، وإن حدث الطلع بعد [تعد][2] المدة فلا حق له فيه كذا قاله الرافعي.

وأوضح منه ما حكاه في «المهذب» أنه لو ساقاه عشر سنين فانقضت ثم أطلعت ثمرة السنة العاشرة لا يستحق؛ لتقضي مدته وزوال عقده.

وكذلك هو لفظ الماوردي والروياني في «البحر» وقالا: فيما إذا أطلعت قبل تقضي تلك السنة ثم انقضت[3] ولم يبد صلاحها[4] فله حقه فيها، ثم إذا قيل: إنه أجير كان عليه أن يأخذ حقه منها طلعا أو بلحا، وليس له استيفاء حقه إلى بدو الصلاح.

وإن[5] قيل: إنه شريك كان له استيفاؤه إلى بدو الصلاح وتناهي الثمرة وقد يشكل [الجمع بين][6] ما حكيته عنهما في صدر هذا الكلام وبين ما قالاه في موضع آخر من كتابيهما[7]، وهو أنه إذا ساقاه إلى مدة تحمل الثمرة فيها غالبا ثم

---

(١) قوله: فرع لو أقت المدة بإدراك الثمار فهل يصح؟ فيه وجهان.
وجه المنع: وبه قال الأكثرون الجهل بوقت الإدراك.
ووجه الجواز وهو الأصح عند الرافعي: أن ذلك هو المقصود انتهى كلامه.
وما نقله - رحمه الله تعالى - عن الرافعي غلط، فإن الرافعي هنا مشى على ما قاله الأكثرون، ووافقهم عليه، و الذي صحح الجواز هو الغزالي. [أ و].

(٢) سقط في أ. (٣) في أ: نقضت. (٤) في أ: صلاح التمره.

(٥) في أ: فإن. (٦) سقط في أ. (٧) في جـ: كتابهما.

تأخر الإطلاع فيها لعارض ثم أطلعت بعد تقضيها أما إن قلنا: إن العامل شريك في الثمرة كما هو المذهب كانت الثمرة بينهما؛ لأن ثمرة هذا العام حادثة على ملكهما، ولا يلزم العامل العمل بعد انقضاء المدة.

وإن قلنا: إنه أجير فالثمرة لرب النخل وللعامل أجرة المثل وطريق الجمع يؤخذ من لفظ التأخر[١] لعارض فتكون صورة ما قالاه أولًا: فيما إذا انقضت المدة ولم تحدث الثمرة ولا عارض، وصورة ما قالاه ثانيا[٢]: في أن الثمرة لولا العارض لظهرت في المدة.

قال: ويجوز[٣] **إلى مدة تبقى فيها العين**[٤] **في أصح القولين**؛ أي: مثل أن يقول: ساقيتك على [هذه النخيل][٥] خمسين[٦] سنة مثلا.

ووجهه: أنه يجوز عقدها إلى سنة بالاتفاق، وما جاز عقده إلى سنة جاز إلى أكثر منها كالأجل في البيع، والكتابة.

[قال:][٧] ولا يجوز في الآخر أكثر من سنة؛ لأنه عقد غرر جوز للحاجة، والحاجة لا [تدعو][٨] إلى أكثر من سنة؛ لأن منافع الأعيان تتكامل فيها.

وقيل: في المسألة قول ثالث؛ أنه لا يجوز [إلى][٩] أكثر من ثلاثين سنة؛ لأنها شطر العمر فلا تبقى الأعيان على حال واحد أكثر منها في الغالب.

وهذا أخذ من قول الشافعي: يجوز ثلاثين سنة، والصحيح[١٠]: الأول، وذكر الثلاثين كان على سبيل التكثير لا على سبيل التحديد، أو قاله الشافعي فيما لا يبقى أكثر منها، وعلى هذا إن كانت الشجرة مما تثمر [في][١١] كل سنة، فهل يجب تعيين [كل][١٢] حصةٍ كلَّ سنة، أم يكفي قوله: «ساقيتك على النصف»؛ لاستحقاق النصف كل سنة؟ فيه طريقان في «المهذب» وغيره:-

أحدهما: [إجراء][١٣] وجهين أو قولين كما سنذكرهما في الإجارة.

والثاني: - القطع بالوجوب، وبها جزم الماوردي، والفرق أن الاختلاف في الثمار يكثر وفي المنافع يقل.

---

(١) في أ: التأخير.
(٢) في أ: ثانيا، وفي جـ: ثابتًا.
(٣) زاد في التنبيه: ذلك.
(٤) في التنبيه: يبقى ما يعمل عليه.
(٥) في أ: النخل.
(٦) زاد في أ: في المدة.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) زاد في أ: الطريق.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) سقط في أ.

قال: ولا يجوز إلا على جزء معلوم من الثمرة؛ لأنه أنفى للغرر وأقطع للمنازعة.

واحترز الشيخ بلفظ الثمرة عن أن يجعله من غيرها فإنه لا ينعقد العقد مساقاة بل إجارة إن وجد شرطها.

قال: كالثلث والربع والأصل في ذلك أن النبي ﷺ ساقى أهل خيبر على الشطر[١] مما يخرج من ثمر وزرع مع جهل قدره، وقد اتفق العلماء حتى أهل الظاهر على أنه لا يشترط التقييد بالشطر؛ فتعين أن المراد التقييد[٢] بالجزء.

قال: وإن شرط [أن][٣] **له ثمرة نخلات بعينها أو آصعًا**[٤] **معلومة من الثمرة**[٥] **لم يصح**؛ لأنه خلاف ما ورد الخبر به، ولما ذكرناه في القراض والحكم عند قوله: ساقيتك على هذا النخل من غير أن يذكر شيئا من الثمرة، أو على أن لي النصف، أو على أن لك النصف، أو على أن الثمرة بيننا، أو على أن الثمرة كلها لي؛ كالحكم المذكور في القراض وفاقا وخلافا صرح به الرافعي والماوردي؛ حتى حكي عن ابن سريج فيما إذا قال: ساقيتك وأطلق أنه يصح على نصف الثمرة.

وحكي عن الأكثرين فساد العقد فيما إذا قال: على أن الثمرة بيننا.

ولو قال: ساقيتك على أن الثمرة كلها لك؛ قال الأصحاب: فسد العقد، ولا يجيء فيه ما ذكرناه في القراض أن الثمرة تكون للعامل [على][٦] وزان أن الربح كله للعامل؛ لأن هناك قدرنا المدفوع إليه قرضًا وهاهنا[٧] لا يمكن قرض الأشجار، ولكن هل للعامل أجرة عمله؟ فيه وجهان في «الإبانة»:

ووجه المنع: أنه عمل وعنده أنه يعمل لنفسه، ومن عمل لنفسه لا يستحق أجرة على غيره.

وفي «التتمة» حكاية وجه في صحة العقد إذا شرط كل الثمرة للعامل لغرض القيام بتعهد الأشجار وتربيتها، ويجوز إذا ساقاه على ثلاث سنين مثلا وأن يجعل للعامل في السنة الأولى النصف، وفي الثانية الثلث، وفي الثالثة السدس وبالعكس كما جزم به في «الحاوي» وحكاه ابن الصباغ عن ابن أبي هريرة، وحكي عن غيره: أنه خرج ذلك على ما إذا أسلم في قمح وشعير إلى أجل واحد، لاختلاف السنين في الأحكام.

---

(١) في جـ: فيها.
(٢) في جـ: التعين.
(٣) سقط في الأصل.
(٤) في التنبيه: أصوعًا.
(٥) في التنبيه: الثمر.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: وهنا.

وهل يجوز أن يشترط له نصف [الثمرة السنة الثالثة دون ما عداها؟ فيه وجهان في «المهذب» وغيره:

أحدهما:- وهو الذي قطع به المحققون: المنع كما لا يجوز أن يشترط له نصف][(١)] ثمرة السنة الأولى دون ما عداها، ولا خلاف أنه إذا لم يغلب حدوث الثمرة[(٢)] إلا في السنة الأخيرة فساقاه على شطر ثمرتها أنه يصح، ويجب الوفاء بالشرط حتى إذا حدثت ثمرة نادرة قبل ذلك اختص بها رب النخل.

ولو كان في هذه الحالة العقد بصيغة: أن ما حصل من الثمار في المدة المذكورة فلك منه كذا، ولم[(٣)] يقع التخصيص بثمار السنة الأخيرة؛ فالثمرة النادرة تقسم كما تقسم الغالبة[(٤)] - صرح به الإمام.

ويجوز إذا كان[(٥)] النخل أنواعًا معروفة لهما أن يجعل له من ثمرة نوع نصفها ومن النوع الآخر ثلثها[(٦)]، ولا يجوز ذلك عند جهل أحدهما بالأنواع.

فرعان:

أحدهما: - العرجون هل يدخل في المساقاة؟ فيه وجهان في «البحر».

الثاني: سواقط النخل من السعف والكرناف والليف لرب النخل؛ لأنه ليس من مألوف الثمار ولا مقصود النخل، فإن شرطه العامل لنفسه بطل، وإن شرط بينهما على نسبة معلومة؛ ففي صحة المساقاة وجهان[(٧)] في «الحاوي».

قال: **فإذا انعقد لزم كالإجارة** هذا من الشيخ مغنٍ[(٨)] عن التعليل، لكن يحتاج إلى بيان الجامع، وهو أنهما عقدان على عمل على العين مع بقائها، وبهذا خالفا القراض، فإن العامل فيه متصرف في العين بإذن مالكها، كالوكيل، فلذلك كان جائزًا كالوكالة.

وفرق الماوردي بينهما بأن نماء النخل في المساقاة متأخر عن العمل فكان في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل، ونماء المال في القراض متصل بالعمل فلم يكن في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل.

وقد استدل الرافعي على اللزوم: بأنا لو قلنا بجوازها فربما يفسخ المالك بعد العمل وقبل ظهور[(٩)] الثمرة وحينئذ فإما أن نقطع حق العامل عنها، أو لا؛ فإن

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: التمره.
(٣) في أ: أو لم.
(٤) في أ: الفاسدة.
(٥) زاد في أ: على.
(٦) في أ: الثلث.
(٧) في أ: قولان.
(٨) في أ: يغني.
(٩) في أ: الظهور في.

قطعناه ضاع سقي العامل مع تأثيره في الثمار، وإنه ضرر، وإن لم نقطعه لم ينتفع المالك بالفسخ، بل يتضرر[(١)] لحاجته إلى القيام ببقية الأعمال، ويخالف القراض فإن الربح ليس له وقت معلوم ولا له تأثير بالأعمال السابقة فلا يلزم من فسخه ما ذكرناه.

قلت: ولا يرد عليه أن يقال: يفسخ ولا يسقط حق العامل بالكلية ولا يستحقه من الثمرة، بل يستحق أجرة مثل ما عمل كما يقول في الجعالة؛ [لأن العمل في الجعالة][(٢)] مضبوط يمكن اعتباره وهو في[(٣)] المساقاة غير مضبوط[(٤)].

تنبيه: قول الشيخ: لزم كالإجارة فيه إشارة إلى أن خيار [الشرط][(٥)] لا مدخل له فيها، وفي خيار المجلس وجهان كما سيأتي في الإجارة، وصرح به في «المهذب» هنا.

فإن قيل: قد صرح الغزالي: بأن من شرط صحة المساقاة ورودها على الذمة، وهو الذي يقتضيه كلام الأصحاب حيث أطلقوا أن للعامل أن يساقي على جزء من الثمرة بقدر[(٦)] ما شرط له أو دونه، وكذا إطلاقهم أنه إذا هرب أو مات أن يؤجر من ماله من يعمل عنه[(٧)]، ولو كان ورودها على العين يصح لما صح هذا الإطلاق منهم.

وإذا كان كذلك فسيأتي حكاية خلاف في ثبوت خيار الشرط في الإجارة الواردة على الذمة، فينبغي أن يأتي مثله هاهنا.

قلت: لا نسلم أن من شرط المساقاة ورودها على الذمة وما ذكره الغزالي فهو احتمال أبداه الإمام وقد صرح المتولي بأنها إذا وردت على العين صحت، وليس للعامل أن يستعين بعامل غيره، وإنه إذا فعل ذلك انفسخت المساقاة بتركه العمل

---

(١) في جـ: ولن. (٢) سقط في أ. (٣) زاد في أ: هو.

(٤) قوله: فإن قيل: لم لا يجوز للمالك فسخ المساقاة ويستحق العامل أجره مثل ما عمله كما نقول في الجعالة؟

فالجواب: أن العمل في الجعالة مضبوط يمكن اعتباره، وهو في المساقاة غير مضبوط. انتهى.

وما ذكره في الفرق ذهول، فقد صرح الأصحاب في مواضع من هذا الباب حتى الشيخ في هذا الكتاب الذي هو يشرح فيه جواز الفسخ بأسباب، ويرجع إلى أجرة المثل، وصرحوا أيضًا بأن العمل في الجعالة قد لا ينضبط، وحينئذ فنقول: القائل على تقدير جوازها يوجب المتيقن في الموضعين، والقول قول المالك في الزائد؛ لأن الأصل براءة الذمة منه. [أ و].

(٥) في جـ، د: يدل. (٦) في أ: يقدر. (٧) في أ: عليه.

وكانت الثمار لرب النخيل ولا[١] شيء للعامل الأول، والعامل الثاني إن علم بالفساد فلا شيء له، وإن جهل ففي استحقاقه أجرة المثل ما سنذكره في خروج الأشجار مستحقة، وما أطلقه الأصحاب فهو محمول على الأعم الأغلب [فيها][٢] .

وعلى تقدير أن يكون من شرطها الورود في الذمة [كما][٣] ذكر فيما ذكر من الاختلاف في ثبوت خيار الشرط في الإجارة الواردة على الذمة مخصوص بما إذا لم يقيده بمدة، أما إذا تقيدت بمدة فلا، وهو نظير مسألتنا. واعلم أنه قد بقي من الشروط شرطان لم يذكرهما الشيخ: -

أحدهما: - أن تكون الأشجار معينة فلو قال: ساقيتك على إحدى حوائطي أو على ما شئت من نخلي كان باطلا؛ لأن النخل أصل في العقد فبطل بالجهالة؛ كالبيع.

الثاني: الرؤية فلو ساقاه على نخل لم يرها ووصفها - لم يصح، وبعضهم خرجه على قولي بيع الغائب، والذي صححه الماوردي والروياني - الطريق الأول؛ لما في ذلك من تكثير الغرر في [هذا][٤] العقد، بخلاف البيع.

فائدة: - ذكرها القاضي الحسين وهي: أن هذا العقد شبيه بعقودٍ:

فمن حيث إنه التزام عمل في الذمة ولا يبطل بموت العامل شبيه بالسلم.

ومن حيث إنه يجوز التفرق فيه قبل التقابض: شبيه[٥] ببيع العين.

ومن حيث إنه معقود على العمل [في شيء ببعض ما يخرج منه شبيه بالقراض.

ومن حيث إنه عقد لازم بعوض على العمل][٦] . يشترط فيه التأقيت شبيه بالإجارة. انتهى.

وما قاله أولاً [لا يعضد][٧] . ما قاله[٨] الغزالي: أن شرطها الورود على الذمة.

قال: «وعلى العامل أن يعمل على ما فيه مستزاد في الثمرة» أي: عند إطلاق العقد من التلقيح، وصرف الجريد، وإصلاح الأجاجين وتنقية السواقي والسقي؛ لاقتضاء العرف[٩] ذلك.

تنبيه: المستزاد: الزيادة.

---

(١) في أ: عليه.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: يشبه.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: يعضد.
(٨) في أ: ادعاه.
(٩) زاد في أ: في.

والتلقيح: وضع شيء من طلع الذكور[١] في طلع الإناث، والكَثر يكون على المالك.

وصرف الجريد قطعه إذا أضر بالنخل، يابسًا كان أو رطبًا.

وقيل: إنه يرده عن وجوه[٢] العناقيد وتسوية[٣] العناقيد [بينها][٤] لتصيبها الشمس وليتيسر قطعها عند الإدراك، وهو بالمعنى الأول متفق على وجوبه على العامل، وفي معناه تقليم قضبان الأشجار المضرة، وبالمعنى الثاني قال الماوردي: لا يجب على العامل إلا بالشرط، وغيره أوجبه من غير شرط، وألحق به المتولي تعريش الكرم حيث جرت العادة به، وكذا وضع الحشيش فوق العناقيد، صونًا لها عن الشمس عند الحاجة.

الأجاجين: ما حول المغارس محوط عليه يشبه الإجانة التي يغسل فيها.

السواقي: هي المجاري.

ويجب على العامل تنقيتها من الحمأة، والسقي بأن يجري الماء بآلة المالك إلى الأشجار في الوقت المعتاد، ويفتح رأس الساقية، ويسدها عند الحاجة إليها.

قال: وعلى رب المال ما يحفظ به الأصل [أي: مما يعد من الأصول][٥]، كسد الحيطان وحفر الأنهار أي: الذي احتيج إلى تجديدها، أو التي: انهارت، وشراء الدولاب أي: ونصبه، وشراء الأبقار، والآلات التي يوفي[٦] بها العمل؛ كالفأس والمعول والمنجل، والمسحاة ونحو ذلك.

ووجه وجوبه على المالك: العرف.

وقيل: إن الثيران والمسحاة ونحوها على من شرطت عليه، ولا يجوز السكوت عنها، وهو المذكور في «أمالي» السرخسي.

ويحكى عن أبي إسحاق ووراء ذلك أمور أُخَر مختلف فيها.

فمنها: تنقية البئر والنهر [والمذهب][٧] إنها على العامل.

وقيل: على المالك.

وقيل: هو على من شرط[٨] عليه؛ فإن لم يشترط بطل العقد، وهو قول أبي إسحاق.

---

(١) في أ: الذكر.
(٢) في أ: وجه.
(٣) في أ: ونشرته.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: يتوفى.
(٧) زاد في أ: وقيل.
(٨) في أ: عليه.

ومنها: حفظ الثمار هل هو على العامل أو عليهما على نسبة ملكيهما في الثمرة؟ فيه وجهان: -

أظهرهما؛ وبه قال ابن الصباغ وغيره: الأول، وهما جاريان [في حفظ الثمار][1] عن الطيور والزنابير بأن يجعل كل عنقود في قوصرة، لكن القوصرة على المالك جزما.

وفي جداد الثمار أيضًا وقطافها كما حكاها الماوردي وغيره وطردهما في «الرقم» في تجفيف الثمار، والظاهر وجوبه إذا اطردت العادة به[2] أو شرطاه، وإذا وجب التجفيف وجب تهيئة موضع التجفيف، ونقل الثمار إليه وتقليبها في الشمس من وجه إلى وجه.

ومنها: سد الثلم اليسيرة التي تتفق في الجدار، فيه وجهان، والأشبه: اتباع العرف، وكذلك في وضع الشوك على رأس الجدار الوجهان.

فرع: لو شرط على العامل ما يلزم المالك بطل الشرط والعقد.

[وقيل: يبطل الشرط دون العقد][3].

وقيل: يبطل العقد دون الشرط حملاً على الشروط الفاسدة في الرهن.

وقال الماوردي: وهو خطأ؛ لأن عقود المعاوضات إذا تضمنت شروطًا فاسدة بطلت؛ كالشروط الفاسدة في البيع والإجارة.

ولو شرط على المالك شيء مما على العامل بطل إلا السقي فإنه إذا شرط على رب النخل جاز كما نص عليه في «البويطي»؛ لأنه لو ساقاه على بعل جاز والبعل: ما شرب بعروقه من غير سقي كذا حكاه البندنيجي.

وحكى الماوردي في ما يشرب بعروقه؛ كنخل البصرة ثلاثة أوجه-:

أحدها:- أن سقيها[4] على العامل.

والثاني: - أنه على رب النخل واشتراطها على العامل[5] يبطل العقد.

والثالث: - يجوز [اشتراطه][6] على المالك، ويجوز على العامل.

فإن أطلق العقد لم يلزم واحد منهما.

تنبيه: الدولاب: فارسي معرب تضم داله وتفتح.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: لو.
(٣) سقط في: جـ، د.
(٤) في أ: تنقيتها.
(٥) في جـ، د: لم يبطل.
(٦) سقط في أ.

الأنهار: جمع نهر بفتح الهاء وإسكانها، وتجمع أيضا على نهر بضمتين[(١)]، مشتق من: أنهرت الدم وغيره: أي: أسلته.

قال: **وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال** أي فيما يلزمه من أعمال المساقاة **ويكونوا تحت أمره - جاز على المنصوص** أي: إذا كانوا معروفين بالرؤية، أو الوصف لما ذكرناه في القراض، وقد استدل له الغزالي بأن العبد يكون مستعارًا على التحقيق والإعانة به كالإعانة بالثيران[(٢)]، ولا خلاف في [جواز اشتراطها][(٣)].

وقد اعترض عليه بأن الثيران[(٤)] على المالك كما تقدم، فإذا اشترطت[(٥)] فقد شرط على المالك ما هو واجب عليه.

وجوابه: - أن المراد أن المالك قد وجب عليه بعض الأعمال وهو إدارة السواقي بالثيران[(٦)] وكان مقتضى العقد أن يجب على العامل وقد وجب على المالك بالشرط؛ فكذلك [عمل][(٧)] الغلمان.

وإذا عين رب المال [الغلمان][(٨)] فلا يجوز له أن يبدلهم بغيرهم صرح به الماوردي، أما إذا شرط في عمل الغلمان الاستقلال بالتصرف دون مراجعة العامل، أو ألا يتصرف [العامل][(٩)] دون مراجعتهم لم يصح[(١٠)].

وكما يجوز أن يشترط العامل عمل غلمان رب المال معه يجوز أن يشترط رب المال عمل غلمان العامل معه كذا حكاه الماوردي عن نص الشافعي وقال: إنه يجوز اشتراطهم من غير تعيين ولا وصف.

قال:- **وتكون نفقتهم**[(١١)] **على رب المال**؛ لأنهم ملكه، وهذا هو المشهور، ولم يذكر في «التعليق» وابن الصباغ غيره، ووراءه وجوه:

أحدها: - أنها على العامل حكاه في المهذب فعلى هذا لو[(١٢)] اشترطت على المالك جاز.

والثاني: - أنها تكون من الثمرة وهو الذي اختاره في «المرشد».

والثالث: - أن العقد يفسد عند عدم بيان من هي عليه.

---

(١) في جـ، د: بفتحتين.
(٢) في جـ، د: بالبئران.
(٣) في أ: اشتراكها.
(٤) في جـ، د: البئران.
(٥) في أ: شرطت.
(٦) سقط في ب، جـ، د.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: بحر.
(١١) في جـ، د: تقفهم.
(١٢) في أ: اشترطت.

قال: - وإن شرط أن يكون على العامل جاز؛ لأن العمل في المساقاة عليه فلا يبعد أن يكون [عليه](١) مؤنة من يعمل معه ويعاونه، وهو كاستئجار من يعمل معه، وعلى هذا هل يجب تقديرها؟ فيه وجهان: أقيسهما(٢) عند القاضي الحسين: نعم فيُبين(٣) ما يدفع إليهم كل يوم من الخبز والإدام.

والثاني(٤): لا وبه أجاب الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب، ويحمل على المعتاد؛ لأنه يتسامح بمثل ذلك في المعاملات.

وقيل: لا يجوز شرطها على العامل؛ لما في ذلك من قطع نفقة الملك [عن المالك](٥) وبه قطع المسعودي.

فرع: لو شرطت النفقة في الثمار قال في «التهذيب»: لا يجوز؛ لأن ما يبقى يكون مجهولا.

وقال صاحب «الإفصاح»: يجوز؛ لأنه قد يكون [ذلك](٦) من صلاح المال.

قال الرافعي:- ويشبه أن يتوسط فيقال: إن شرطاها من جزء معلوم بأن شرطا صرف ثلث الثمار للنفقة والثلث للمالك، والثلث للعامل جاز(٧)، وكأن المشروط للمالك ثلثاها(٨) وإن شرطاها في الثمرة من غير تقدير جزء لم يجز.

وفي «الحاوي»: إن كان عملهم قبل حدوث الثمرة فالشرط باطل لعدم محلها، وإن كان بعد حدوث [الثمرة](٩) ونفقتهم من غير جنسها ليباع ويصرف في نفقتهم فهو باطل أيضًا؛ لأن الثمرة غير مستحقة، والنفقة غير ثابتة [في الذمة](١٠).

وإن كانت النفقة من الثمرة نفسها ففي الجواز وجهان: -

الأصح-: البطلان، ووراء المنصوص طريقة أخرى بإجراء وجهين في الجواز كما قيل في القراض.

ووجه المنع: أن يد العبد كيد سيده والقائل به حمل النص على ما إذا شرط أن يعملوا [فيها لو تعلق](١١) على السيد من الأعمال؛ كحفر الأنهار وبناء الحيطان.

والأظهر: الطريقة الجازمة بالمنصوص.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: اشبههما.
(٣) في أ: فيتعين.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في ج، د.
(٧) في أ: فهو جائز.
(٨) في أ: في الثلثان.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في ج: فيما يوظف.

وفرق قائلها بين المساقاة والقراض بأن في المساقاة بعض الأعمال على المالك فجاز أن يشترط عمل غلمانه، وفي القراض لا عمل على المالك [أصلاً][١] فلا يجوز شرط عمل غلمانه، وأما ما حمل عليه النص فلا يستقيم؛ لأن تتمة قول الشافعي: «ونفقة الرقيق على ما يتشارطان عليه وليس نفقة الرقيق[٢] بأكثر من أجرتهم فإذا جاز [أن يعملوا][٣] للمساقي بغير أجرة جاز أن يعملوا له بغير نفقة»، ومع هذه التتمة لا يحسن الحمل على ما قالوه.

قال:- وإن شرط أن يعمل معه رب المال لم يجز: لما ذكرناه في القراض، ويجوز للعامل أن يستأجر المالك في الأعمال المتوجهة عليه على الأصح كما يجوز للمالك أن يستأجر العامل فيما يجب عليه.

وفيه وجه: أنه لا يجوز بناءً على أن من أجرَّ داره لا يجوز أن يستأجرها.

وهل يجوز أن يشترط[٤] رب المال لنفسه الدخول إلى الأشجار مع تسليم المفتاح إلى العامل؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ لحصول الاستقلال والتمكن من العمل.

ووجه المنع: أنه إذا دخل كانت الحديقة في يده وقد يتعوق[٥] بحضرته عن العمل.

قال:- والعامل [illegible] ـما يدعي من هلاك؛ كالعامل في القراض لائتمانه لهما

فإن قيل: قد ألحقتم هذا العقد بالإجارة في لزومها؛ فيكون العامل كالمستأجر على عمل في الذمة، وهذا حقيقة الأجير المشترك فهلا[٦] جرى الخلاف في تضمينه كما في الأجير المشترك ثم على تقدير ألا يكون كالأجير المشترك فهو لا يتقاعد عن الوكيل بجعل، وقد حكى الماوردي في ضمانه وجهين فينبغي أن يكون هذا مثله.

قلت: - قد يظهر الفرق بينهما أن الأجرة في مسألة الأجير المشترك والجعل في الوكالة محقق فغلب غرض الأجير والوكيل، وهاهنا لم يتحقق العامل [حصول][٧] الأجرة وغرض المالك حاصل فغلب جانبه وجعلت اليد له.

قال:- وفيما يدعى عليه من الخيانة[٨]؛ لأن الأصل عدمها، وقد وجهه[٩]

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ، د: الطريق.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: بشرط.
(٥) في أ: يتعود.
(٦) في جـ، د: فهل لا.
(٧) سقط في أ.
(٨) في التنبيه: خيانة.
(٩) في جـ: وجه.

الغزالي بأنه أمين، واعترض عليه بأن القول قول من ادعى عليه الخيانة، وإن لم يكن أمينا؛ عملا بما ذكرناه ولا يسمع دعوى الخيانة إلا مفسرة كسائر الدعاوى.

وفي «الحاوي»: [أنه][(١)] إن أراد بدعوى السرقة التغريم لم تسمع الدعوى إلا معلومة، وإن أراد رفع يد العامل بها عن الثمرة ففي سماعها مجهولة وجهان.

قال:- **فإن ثبتت**[(٢)] **خيانته** أي: إما بإقراره أو بالبينة أو بيمين المدعي بعد النكول **ضم إليه من يشرف عليه**؛ لأنه مستحق العمل ويمكن استيفاؤه منه بهذا الطريق فتعين كما نقول في المرتهن: إذا تعدى في الرهن لم[(٣)] يبطل حقه منه، بل يحفظ عند عدل لتعينه طريقًا للجمع بين الحقين، وهذا ما نقله [المزني][(٤)] في غير «المختصر» ويكون أجرة المشرف على العامل

وفي «التتمة»: أن إيجاب الأجرة على العامل مبني على أن مؤنة الحفظ عليه [أم لا][(٥)] فإن المقصود من ضم المشرف إليه الحفظ، أما إذا قلنا: [إن][(٦)] الحفظ عليهما؛ فكذلك أجرة المشرف.

وفي «الوسيط»: أن أجرة المشرف على العامل إن ثبتت خيانته بإقراره أو ببينة، وإلا فعلى المالك.

فإن قيل: هذا يفهم أنها إذا ثبتت بيمين الرد تكون على المالك، وكان ينبغي أن تجب على العامل في هذه الحالة أيضًا؛ لأنها بمنزلة الإقرار، أو البينة بالنسبة إلى الحالف والناكل وإيجاب الأجرة لحق[(٧)] الحالف، وقد وافق على أنها إذا ثبتت بالإقرار أو بالبينة تكون على العامل؛ فكذلك عند النكول والحلف وقد صرح بذلك الرافعي وغيره.

وجوابه من وجهين:

أحدهما:- أن يجري اللفظ على ظاهره ويسلم [إليه بمقتضى][(٨)] عدم إيجابها في حالة النكول والحلف، لكن يمنع أن الأجرة تعود إلى الحالف فإن مستحقها المشرف وهو أجنبي عنهما، والنكول مع الحلف إنما يجعل كالإقرار أو كالبينة[(٩)] بالنسبة إلى الحالف.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في التنبيه: ثبت.
(٣) في أ: لا.
(٤) سقط في ج، د.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: بحق.
(٨) في أ: أنه يقتضي.
(٩) في أ: البينة.

الثاني:- أن نمنع أن المراد عدم إيجابها في حالة النكول والحلف كما ذكر؛ لكون الكلام الأول مُغنيًا عنه [لكن المراد ما إذا لم تثبت خيانته وضم إليه المالك مشرفًا احتياطا، فإنه يجوز وأجرته عليه][(١)] كما صرح به الإمام والله أعلم.

قال:- **فإن لم يتحفظ بالمشرف استؤجر عليه من يعمل، عنه**؛ لتعذر استيفاء العمل بالواجب عليه منه والقدرة عليه بهذا الطريق.

وقيل: يستأجر عليه ابتداء وهو ظاهر ما نقله المزني في «المختصر»، والجمهور لم يثبتوا اختلاف نقل المزني قولين، بل نزلوه على حالين كما ذكر الشيخ.

قال:- **وإن هرب العامل استؤجر من ماله من يعمل عنه**؛ لأن العقد لا ينفسخ بهربه؛ كما لا ينفسخ بصريح فسخه، وإذا لم ينفسخ فالحق متوجه عليه، وتحصيله ممكن بهذا الطريق فتعين[(٢)]، والمستأجر هو الحاكم فيرجع[(٣)] الأمر إليه وتثبت[(٤)] عنده المساقاة وهرب العامل بعد[(٥)] اللزوم، فإذا ثبت ذلك طلبه، فإن وجده ألزمه العمل، وإن لم يجده وكان له مال ظاهر اكترى عليه من يقوم مقامه في العمل.

قال:- **وإن لم يكن له مال** [أي][(٦)] ظاهر **أقرض**[(٧)] **عليه**؛ لأن للحاكم ولاية الإقراض[(٨)] لوفاء الحقوق التي تفوت بالتأخير، والإقراض[(٩)] يكون من بيت المال، فإن لم يكن فيه فضل اقترض من آحاد المسلمين، ولو اقترض من رب النخل جاز، وهذا إذا لم يجد من يرضى بأجرة مؤجلة إلى مدة تدرك فيها الثمار، فإن وجد استأجره وأعطاه أجرته عند إدراك الثمرة من ثمر[(١٠)] نصيب العامل.

قال: - **فإن أنفق عليه رب المال بغير إذن الحاكم** أي: مع قدرته عليه **لم يرجع**؛ لأنه متبرع، فإن أذن له الحاكم في ذلك جاز كما صرح به البندنيجي، وأبو الطيب، وادعى المحاملي نفي خلافه.

وفي «تعليق» القاضي الحسين وغيره من كتب المراوزة حكاية وجهين في الرجوع-:

وأصحهما: - المحكي عن العراقيين ووجه المنع: أنه متهم [في حق نفسه][(١١)]

---

(١) سقط في جـ، د.
(٢) في جـ: يتعين.
(٣) في أ: فيرفع المالك.
(٤) في أ: وثبتت.
(٥) في جـ، د: عند.
(٦) سقط في جـ، د.
(٧) في التنبيه: اقترض.
(٨) في أ: الاقتراض.
(٩) في أ: الاقتراض.
(١٠) في جـ: ثمن.
(١١) سقط في جـ، د.

فطريقه: أن يسلم المال إلى الحاكم ليأمر غيره بالإنفاق، وهذه الطريقة [أشبه لما][(١)] سيأتي في مسألة هرب الجمال.

قال:- فإن لم يقدر على إذنه فأنفق ولم يشهد أي: مع القدرة عليه - لم يرجع؛ لأن عدم إشهاده مع القدرة دليل على تبرعه.

قال:- وإن أشهد أي: وشرط الرجوع كما صرح به البندنيجي وابن الصباغ وغيرهما، فقد قيل: يرجع؛ لأنه موضع ضرورة، وقد بذل المجهود، وهذا هو الأصح وقيل: لا يرجع لئلا[(٢)] يكون حاكما لنفسه على غيره، وهو لا يجوز وإن لم يشهد لعدم القدرة عليه فإن قلنا: إنه لو أشهد لا يرجع فهاهنا أولى، وإن قلنا: يرجع ثم؛ فهاهنا وجهان حكاهما القاضي الحسين وقال: إن حكم هذه المسألة حكم هرب الجمال في الإجارة، واختصر الغزالي، والإمام، والفوراني هذا التطويل وقالوا في رجوعه إذا أنفق عند تعذر مراجعة الحاكم ثلاثة أوجه: -

أحدها: - يرجع.

الثاني: - [لا يرجع][(٣)].

الثالث: - إن أشهد رجع وإلا فلا، وقد يفهم من ذلك جريان وجه مطلق أنه يرجع وإن قدر على الإشهاد فلم يفعله كما فهمه الرافعي، والظاهر خلافه [لما سنبينه][(٤)] في الإجارة - إن شاء الله تعالى.

والمراد بالإنفاق: ما يصرفه أو يستأجر من يعمل على العامل، وفي معناه عمل رب النخل بنفسه.

قال:- فإن لم يمكن[(٥)] **ذلك فله أن يفسخ**؛ لأنه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه، وكان له الفسخ؛ كما لو[(٦)] أبق العبد المبيع قبل القبض.

ولا يسقط حقه من الفسخ ببذل رجل له العمل متبرعا به عن العامل؛ [لأنه قد لا يأتمنه ولا يرضى بدخوله ملكه.

نعم لو عمل متبرعًا به عن العامل][(٧)] قبل شعور رب النخل [به][(٨)] حتى حصلت الثمرة؛ سلم للعامل نصيبه منها، وأبدى الرافعي احتمالا لنفسه في منع[(٩)] الفسخ عند بذل الأجنبي.

---

(١) في جـ، د: كما.
(٢) في أ: كيلا.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ، د: سنبديه.
(٥) في أ: يكن.
(٦) في أ: إذا.
(٧) سقط في جـ، د.
(٨) سقط في أ.
(٩) في جـ، د: معنى.

وحكي عن [ابن][(١)] أبي هريرة فيما إذا لم تكن الثمرة قد ظهرت أنه منع الفسخ، وقال: يساقي الحاكم عن العامل فربما يحصل له فضل من الثمرة، وهو الذي حكاه القاضي أبو حامد في «جامعه».

وقال القاضي أبو الطيب: إنه غير صحيح؛ لأن المساقاة إنما تجوز إذا كان من أحدهما الأصل ومن الآخر العمل، والهارب لا أصل له فيها فلم يصح أن يساقي عنه، وهذه العلة من القاضي تفهم أن العامل لا يجوز له أن يساقي بنفسه، وقد صرح في «البحر» وغيره بالجواز كما حكيناه من قبل.

قال:- **فإن لم تكن ظهرت الثمرة** أي: عند الفسخ؛ **فالثمرة للمالك** لزوال العقد قبل ظهورها الذي هو سبب ملك العامل، **وللعامل أجرة ما عمل**؛ لأنه عمل في عقد لازم طامعا في العوض[(٢)] فأشبه المستأجر إذا وقعت الإجارة على عينه وهرب[(٣)]، ولا يقال: أن الثمرة عند حدوثها تتوزع[(٤)] على جميع المدة؛ لأن العمل فيها غير مضبوط حتى تتوزع الثمرة عليه.

وأيضًا فإن الثمرة غير معلومة حالة العقد حتى يقال: اقتضى العقد التوزيع فيها.

قال: **وإن ظهرت فهي لهما**؛ لأنه مقتضى العقد، وهذا من الشيخ تفريع على أن للعامل تملك حصته من الثمرة بالظهور.

أما إذا قلنا: إنه لا يملكها به؛ فالحكم كما لو لم يظهر.

قال:- **[فإن اختار رب المال][(٥)] البيع**[(٦)] أي: بيع حصته مع حصة العامل **بشرط**[(٧)] **القطع فعل**[(٨)] **لأنه**[(٩)] يسقط [عن][(١٠)] العامل العمل فإنه لا عمل بعد قطعها، ويحفظ نصيب العامل عليه [هذا ما][(١١)] قاله البندنيجي وصاحب «البحر».

قال:- **وإن لم يختر بيع منه نصيب العامل** [أي:][(١٢)] **أو بعضه على قدر ما يحتاج إليه من الأجرة**؛ لأنا قدرنا على بيع ماله لوفاء[(١٣)] ما بقي عليه من حق، وهو العمل؛ لأجل بقاء نصيب رب الشجر من الثمرة عليها، فهذا من الشيخ

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: العرض.
(٣) في أ: وتهرب.
(٤) في جـ: توزع.
(٥) في أ: وإن اختار المالك.
(٦) زاد في أ: فعلى.
(٧) في جـ، د: يشترط.
(٨) في التنبيه: جاز.
(٩) في جـ، د: لأن به.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: كذا.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في أ: لو وفي.

جواب على ما ذكره في البيع أن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بدون شرط القطع يصح من صاحب الأصل.

وفيه وجه حكيناه ثَمَّ: إنه لا يجوز، فعلى هذا يكون الحكم كما لو امتنع من الشراء صرح به الأصحاب.

قال:- **وإن لم يختر** أي: المالك الشراء **ترك إلى أن يصطلحا**؛ إذ لا طريق غيره.

قال المزني في «الجامع الكبير»: ويقال للمالك: تصرف فلا حق[1] لك عندنا، ولا يخفى أن مراد الشيخ بما ذكره إذا لم تكن الثمرة [قد بدا][2] صلاحها، أما إذا كان صلاحها قد بدا قبل الفسخ فبيعها من المالك وغيره ممكن من غير شرط القطع، وهي[3] مال من جملة أمواله التي يقدر على التصرف فيها فيندرج في كلامه الأول.

واعلم أن ظاهر ما ذكره الشيخ [يقتضي][4] أن لرب المال الفسخ وإن كانت الثمرة قد ظهرت، وكذلك كلام الغزالي في «الوجيز» يقتضيه، وهو ما ذكره في «المهذب» وصرح به الإمام في صدر الفصل فإنه لم يفرض المسألة إلا فيما إذا هرب بعد ظهور الثمرة كما ذكرها[5] المزني في «المختصر»، وكذلك الماوردي فرض المسألة [فيما][6] إذا ظهرت الثمرة ولم يبد صلاحها وحكى الوجه المحكي عن ابن أبي هريرة ثم حكى وجها آخر أن له الفسخ وقال: إنه الصحيح عندي لكن الشيخ في «المهذب» لم يذكر التفريع الذي ذكره هنا بل سكت عنه وعن غيره، والإمام قال: إذا جرى الفسخ وقد عمل العامل بعض الأعمال فلا نقول يستحق العامل جزءًا مما [شرط له][7]، ويسقط جزء، بل ينقطع الاستحقاق من الثمار بالكلية، ولو جرينا على قياس الإجارة ونزلنا الثمرة منزلة الأجرة لأثبتنا بعضًا من الثمار فإن الإجارة إذا انقضى بعض مدتها وطرأ[8] في باقيها ما يوجب الفسخ فإذا فسخت في البقية لم تنفسخ فيما مضى على ظاهر المذهب فأعمال المساقي[9] لا تجري مجرى المنفعة في الإجارة حتى يقال: المقتضى منه يسقط من العوض[10] المسمى في المعاملة[11]، وهذا يفهم أن الثمرة كلها تسلم لرب المال[12]، وللعامل أجرة عمله،

---

(١) في أ: حكم.
(٢) في جـ: قبل بدو.
(٣) في أ: فهي.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ، د: ذكره.
(٦) سقط في جـ، د.
(٧) في جـ، د: شرطه.
(٨) في أ: يطرأ.
(٩) في جـ، د: الباقي.
(١٠) في جـ، د: العرض.
(١١) في جـ، د: العقد.
(١٢) في أ: النخل.

ويؤيده أنه قال في آخر الفصل: [و][1] في كلام القاضي إشارة إلى أن حق العامل إنما يسقط بالفسخ إذا لم تظهر الثمرة، فأما إذا ظهرت؛ ففي كلامه تردد ظاهر [في][2] أن الفسخ لو جرى لم يتضمن إسقاط حق العامل من الثمرة بالكلية التفاتا على ما ذكرناه في الإجارة فلا [بد][3] من سقوط البعض ولا يرجح فيه إلا ما مهدناه في صدر الفصل، وما حكاه عن القاضي هو عين ما صار إليه الماوردي فإنه قال: إن الثمرة إذا ظهرت واختار رب النخل الفسخ كما هو الصحيح - صار العقد منفسخا في الباقي من الثمرة، ثم الصحيح من مذهب الشافعي لزومه في الماضى من العمل ويكون حصة العامل من الثمرة مقسطة على[4] الزمان الماضي منه والباقي، فيستحق العامل منها ما قابل الماضي من عمله، ويستحق رب النخل ما قابل الباقي من عمله مضمومًا إلى حصته وقال الروياني:- إنه حسن غريب، والذي صار إليه [الجمهور والمصنفين][5] من المحاملي، والبندنيجي، وأبي الطيب، وابن الصباغ، والقاضي الحسين: أن الفسخ إنما يتسلط عليه رب النخل إذا لم يكن قد ظهرت الثمرة.

أما إذا كانت قد ظهرت فإن كان[6] بدا صلاحها، فإن سمح رب النخل ببيع نصيبه مع نصيب العامل فعل.

قال ابن الصباغ والبندنيجي: ويحفظ نصيب العامل.

ووجهه البندنيجي: بأن العمل حينئذ[7] لم يبق بعد قطعها.

وفي «تعليق» القاضي الحسين أن في هذه الحالة أيضا أنه يستأجر من [ثمر][8] حصة العامل من يعمل عنه وإن لم يسمح عرض عليه [شراء][9] نصيب العامل إذا قلنا بجواز بيع الثمرة من صاحب الأصل بدون شرط القطع، فإن رضي صرف ثمنه أو بعضه في أجرة من يكمل العمل، وإن لم يرض ترك، ويقال له: تصرف[10] فلا حكم لك عندنا، وهذا هو المناسب فإن الثمرة إذا ظهرت وملكها العامل فقد صارت مالا من جملة أمواله يمكن بيعها بهذا الطريق، فأي فائدة في الفسخ قبله؛ وإلى هذا يجيء الرافعي حيث قال بعد حكاية ما ذكرناه عن «المهذب»: ولا يكاد يفرض للفسخ بعد خروج الثمار فائدة.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: في.
(٥) في أ: جمهور المصنفين.
(٦) زاد في أ: قد.
(٧) في أ: إذا.
(٨) سقط في جـ، د.
(٩) سقط في جـ، د.
(١٠) في أ: انصرف.

قلت: وقد يفرض له فائدة وهي: أنه لو لم يفسخ يصير متطوعا بالباقي من [العمل؛ فللعامل][(١)] حصته من الثمرة كما صرح حكايته الماوردي.

وأيضا: فإنه يتمكن بعد الفسخ من المساقاة عليها على[(٢)] جزء من ثمرة نفسه على رأي، بخلاف ما إذا لم يفسخ، فإنه لا يقدر على ذلك.

فإن قيل: هل يمكن حمل كلام الشيخ في «التنبيه» على ما حكاه الجمهور من أنه لا يتمكن من الفسخ بعد[(٣)] حدوث الثمرة.

قلت: نعم إذا حذفت واو مما يوجد في النسخ فيكون الكلام: فإن لم يكن ذلك فله أن يفسخ إن لم تكن ظهرت الثمرة فالثمرة للمالك، وإن ظهرت فهي لهما... إلى آخر الكلام، والله أعلم. والعجز عن العمل بالمرض ونحوه؛ كالهرب

قال:- **وإن مات العامل فتطوع ورثته بالعمل استحقوا الثمرة** أي: التصرف في الثمرة؛ لأنها منتقلة إليهم بالإرث، وقد زال تعلق حق الغير بها.

قال: - **وإن لم يعملوا استؤجر من ماله من يعمل [عنه]**[(٤)] لأنه حق وجب عليه إبقاؤه، والمستأجر كذلك هو الوارث فإن امتنع فالحاكم.

وفي «البحر»، وغيره عن رواية القاضي أبي حامد في الجامع وصاحب «التقريب»: أن الوارث يجبر [على العمل][(٥)]؛ لقيامه مقام المورث[(٦)]، كما يقوم وارث المستأجر مقامه.

وعنه احترز الشيخ بقوله: فتطوع ورثته بالعمل.

قال:- **فإن يكن له مال [فلرب]**[(٧)] **المال أن يفسخ**؛ لتعذر استيفاء المعقود عليه، ويجيء فيه وجه ابن أبي هريرة وما ذكر من التفصيل كما صرح به الماوردي وغيره حتى قال البندنيجي: إن ما ذكرناه عند الهرب يجري في هذه المسألة حرفا بحرف إلا جواز الاستقراض عليه، لخراب ذمته بالموت.

وفي «البحر» [أنه][(٨)] قيل: لا يستأجر عليه بأجرة مؤجلة، وهذا كله تفريع على أن عقد [المساقاة][(٩)] لا ينفسخ بالموت إذا ورد على الذمة كما هو الصحيح.

وقد حكى الإمام عن رواية الشيخ أبي علي وجهًا ضعيفًا: أن العقد ينفسخ بموت العامل

---

(١) في أ: العامل والعامل.
(٢) في أ: في.
(٣) في جـ، د: عند.
(٤) سقط في التنبيه.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) في جـ، في المورروث.
(٧) في جـ، د: كان لرب.
(٨) سقط في جـ.
(٩) سقط في أ.

قال: - ويملك العامل حصته من الثمرة بالظهور كما ملك رب النخل حصته توفية للشروط[١] وزكاته عليه؛ لتمام ملكه، وهذا إذا بلغت حصته نصابًا، أو كان الجميع نصابًا وقلنا: بصحة الخلطة في [غير][٢] المواشي، أما إذا قلنا: بأنها لا تجري في غير المواشي فلا زكاة عليه.

قال: - وقيل فيه قولان: - أحدهما: - هذا.

والثاني: - أنه لا يملك إلا بالتسليم قياسًا على القراض، والمذهب الأول.

والفرق أن الفائدة هنا لم تجعل وقاية للأصل وليس كذلك في المضاربة؛ فإن الربح فيه وقاية لرأس المال، فإنه لو ذهب منه شيء جبر بالربح [ثم][٣] على القول بعدم الملك[٤]، زكاة الجميع تخرج من الثمرة وهل هي محسوبة من نصيب المالك أم من نصيبهما؟

فيه طريقان: - أحدهما: - حكاية قولين كما في القراض، ولا يجيء الثالث المذكور في القراض هاهنا[٥].

والطريق الثاني: - القطع بأنها تخرج من النصيبين، والفرق بينهما وبين القراض أن رب المال لما اختص ببعض المال الزكائي وهو الأصل اختص بتحمل الزكاة عن الكل، ولما لم يختص رب النخل بشيء من الثمرة لم يتحمل زكاة كل الثمرة.

فرع: لو ظهرت الثمرة بعد لزوم العقد، وقبل أن يعمل العامل شيئًا من أعمال المساقاة، قال في «الحاوي»: إن كان ذلك بعد قبض الأشجار استحق نصيبه من الثمار وإن كان قبل قبضها، فإن قيل: إنه أجير لم يكن له في تلك[٦] الثمرة نصيب؛ لارتفاع يده.

وإن قيل: إنه شريك استحق نصيبه[٧] من الثمرة؛ لأنها بعد العقد حادثة على ملكهما، وعلى العامل أجرة مثل ما استحق عليه من العمل.

وقال الإمام: إن وقع الاستغناء عن جميع أعمال المساقاة[٨]، أو عن معظمها فلا شك أن هذا يؤثر إذ لو قلنا: إنه لا أثر لذلك لزم، أن يستحق ما شرط له من

---

(١) في أ: للشرط.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: ملكه.
(٥) في جـ، د: هنا.
(٦) في أ: ملك.
(٧) في أ: حصته.
(٨) في جـ، د: المساقي.

الثمرة من غير عمل، وهذا محال فإن الجزء الذي شرط له قوبل استحقاقه بالعمل فيستحيل ثبوت استحقاقه دونه.

وينقدح لي إذا عمل البعض! نسبة أجرة المثل إلى الأعمال التي لا تسقط من أعمال المساقاة إلا على ندور دون ما يغلب سقوطه في تارة ويغلب الإتيان به في تارة حتى يتبين أنه لو استتمها كم كانت [أجرة مثله؟ وإذا سقط بعض الأعمال؛ كم أجرة مثله؟ فينسب ما سقط من][١] أجرة المثل إلى جميعها وتسقط.

مثال ذلك من الجزء [المشروط من الثمار][٢] فإن كان الساقط نصف أجرة المثل [مثلا][٣] سقط نصف ما شرط للعامل ليفوز[٤] به رب الثمار، ولست أرى [إسقاط][٥] استحقاقه من الثمار وإيجاب أجرة المثل؛ كما ذكرناه في انفساخ العقد، وليس يبعد المصير إليه، فإن تبعيض الثمار عسير في وجه الرأي.

فرع: إذا لم تثمر الشجرة أصلا أو تلفت[٦] الثمار بجملتها، أو غصبت، فعلى العامل إتمام العمل. وإن تضرر كما أن عامل القراض يكلف التنضيض وإن ظهر الخسران في المال كما حكاه المتولي.

قلت:- ويجوز أن يفرق بينهما بما ذكره الأصحاب في توجيه وجوب التنضيض، وهو أنه قبض المال ملكًا تامًا، والدين يناقض ذلك فلزمه رده، كما أخذه وهذا مفقود هنا، وقد قال الرافعي: إن ما صار إليه المتولي أشبه مما[٧] ذكره في «التهذيب» أن الثمار إذا هلكت كلها بالجائحة أن العقد ينفسخ إلا أن يريد بعد تمام العمل وتكامل الثمار، وأنه إن هلك بعض الثمرة؛ فللعامل الخيار بين أن يفسخ ولا شيء له، وبين أن يجبر ويتم العمل ويأخذ نصيبه من الباقي.

قال:- وإن ساقاه في المرض وبذل له أكثر من أجرة المثل اعتبرت الزيادة من الثلث؛ لأنها محاباة؛ فأشبه ما لو أجره داره بأقل من أجره المثل.

وقيل: يعتبر من رأس المال كما في القراض والجامع بينهما أنه [لو][٨] لم يكن ملكا[٩] لما شرطه[١٠] للعامل حين العقد والصحيح هو الأول.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: بالثمار.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: يفوز.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: وتلفت.
(٧) في أ: وبما.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: مالكًا.
(١٠) في أ: شرط.

والفرق بينهما مذكور في «باب القراض».

وقد حكى المتولي في باب الوصية: أنه ينظر إلى القدر الذي يحصل من الثمار دون عمل العامل، وإلى ما يحصل من الزيادة بسبب عمله، فإن كان المشروط للمالك [قدر ما][(١)] يحصل له من فائدة النخل لو لم يكن عمل العامل، أو أكثر لم يعتبر من الثلث؛ لأنه لو ترك المساقاة لم يعتبر ما فاته من النخيل من الثلث وإن كان دون ذلك القدر فقدر النقصان مما كان يحصل له دون عمله، معتبر من الثلث.

قال:- **وإن اختلفا في القدر المشروط للعامل** أي مثل إن قال العامل شرطت لي النصف، وقال رب الشجر: بل الثلث، ولا بينة؛ تحالفا؛ لأنهما اختلفا في عوض العقد **فتحالفا**؛ كالمتبايعين والمتواجرين، فإذا تحالفا وانفسخ العقد أو فسخ، فإن لم يكن للعامل عمل فلا شيء له، وإن كان له عمل فله أجرة مثله؛ سواء أثمرت الشجرة[(٢)] أو لا، أما إذا كانت لأحدهما بينة عمل بها، وإن كان لهما بينة على عقد واحد في زمن واحد تعارضتا وفيهما قولان:- فإن قلنا: يسقطان فكأن لا بينة.

وإن قلنا: تعملان[(٣)] فيتعين هاهنا القرعة كما جزم به الماوردي وحكاه الفوراني عن القفال، وأنه قال: لا يجيء في هذه الصورة قول القسمة والوقف؛ لأن العقد لا يمكن قسمته ولا يجوز وقفه، وحكي عن غيره أنه يجيء[(٤)] قول القسمة أيضا فيسلم للعامل ما اتفقا عليه وما اختلفا فيه وهو في مثالنا السدس، يقسم بينهما نصفين، وإذا استعملنا القرعة فخرجت لأحدهما، فهل يحلف[(٥)] معها؟ فيه وجهان:

أصحهما [: لا][(٦)].

ولنختم الباب [بفروع][(٧)] تتعلق به.

إذا كانت الأشجار بين شخصين نصفين، فساقى أحدهما صاحبه على نصيبه و[شرط له أكثر من نصف الثمرة، مثل أن جعل له ثلثي الثمرة صح، وإن][(٨)] شرط له نصف الثمرة لم يصح؛ لأنه لم يثبت عوضا للمساقاة.

ومن طريق الأولى: إذا شرط له الثلث؛ لأنه شرط [عليه][(٩)] أن يترك بعض ثمرته.

---

(١) في أ: دون ما.
(٢) في أ: الشجر.
(٣) في أ: تستعملان.
(٤) في أ: يجري.
(٥) في أ: يجب.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.

وهل للعامل أجرة المثل؟ فيه خلاف المزني وابن سريج[١]؟

و[قد][٢] حكى الماوردي: أن أبا إسحاق وجمهور أصحابنا وافقوا المزني في عدم الرجوع.

ولو شرط جميع الثمرة للعامل فسد [العقد][٣] على الأصح كما ذكرناه، وفي استحقاقه أجرة المثل الخلاف السابق[٤].

إذا خرجت الأشجار المساقى[٥] عليها مستحقة أخذها المالك مع الثمرة إن كانت باقية، فإن جففها ونقصت [الثمرة بالتجفيف][٦] استحق الأرش، والحكم فيه؛ كما لو كانت الثمار تالفة وسنذكره. قاله[٧] القاضي الحسين، ويرجع العامل على المساقي[٨] بأجرة المثل إن كان قد عمل جاهلا بالحال؛ كما لو غصب نقرة واستأجر شخصًا على ضربها دراهم ولم يعلم الأجيرُ[٩].

وفيه وجه: أنه لا أجرة له؛ تخريجًا على قول الغرور؛ لأنه الذي أتلف منفعة نفسه.

وإن اقتسم الثمرة وتلفت في يدهما، فإن تلفت بسرا أو رطبًا أو تمرًا مكنوزًا - رجع بقيمتها.

---

(١) في جـ، د: كج. (٢) سقط في أ. (٣) سقط في أ.

(٤) قوله: ولنختم الباب بفروع: إذا كانت الأشجار بين شخصين نصفين فساقى أحدهما صاحبه على نصيبه، وشرط له أكثر من نصف الثمر من الجميع صح، وإن شرط له نصف الثمرة لم يصح؛ لأنه لم يثبت عوضًا للمساقاة.

وهل للعامل أجرة المثل؟ فيه خلاف المزني وابن سريج.

ولو شرط جميع الثمرة للعامل فسد على الأصح كما ذكرناه، وفي استحقاقه أجرة المثل الخلاف السابق. انتهى كلامه.

مسألة المزني وابن سريج صورتها على ما ذكره المصنف وغيره: أن يشترط الثمرة كلها للمالك.

وقال المزني: وهو الأصح لا أجرة للعامل؛ لأنه عمل مجانًا.

وقال ابن سريج يستحقها؛ لأن المساقاة تقتضي العوض، فلا يسقط بالرضا كالوطء في النكاح.

إذا علمت ذلك، فتخريج اشتراط النصف فقط على هذا الخلاف صحيح، وأما اشتراط جميع الثمرة للعامل فتخريجها على هذا الخلاف غلط ظاهر؛ لانتفاء المدركين السابقين، لا جرم وأن الرافعي خرج الأولى على ذلك الخلاف، ثم ذكر الثانية عقبها من غير فصل، فقال: وهل له الأجرة؟ فيه وجهان؛ لأنه لم يعمل له إلا أنه انصرف إليه هذا لفظه، وأوضح في «الوسيط» هذا التعليل الذي ذكره الرافعي فقال: وجهان مأخذهما أنه لم ينو بعمله مستأجره، فضاهى هي الأجير في الحج إذا نوى بعد التلبية صرف الحج إلى نفسه فلا ينصرف، وهل يسقط أجرته؟ فيه وجهان، هذا كلامه. [أ و].

(٥) في جـ، د: المساقاه. (٦) في جـ، د: الثمرة بالتخفيف.

(٧) في أ: قال. (٨) أي الغاصب. (٩) في أ: الأجر.

وإن تلفت تمرًا بثًّا رجع بمثله، قاله الماوردي، والمالك بالخيار في نصيب العامل بين أن يطالب بضمانه الغاصب أو العامل وقرار الضمان على العامل.

وفي «تعليق» القاضي الحسين حكاية وجه(١) في رجوعه به على الغاصب المساقي؛ لكونه غره.

وحكي عن أبي العباس أنه قال: وهذا كما لو اشترى أرضًا وبنى فيها وغرس فاستحقت وقلع عليه البناء والغراس، فإنه يرجع بأرش النقص إن كان جاهلا بالحال على البائع الغار، وهو ما بين قيمته قائمًا ومقلوعًا.

وذكر في «التتمة»: أن بعض الأصحاب بنى المسألة على ما إذا أطعم الغاصب المالك الطعام المغصوب، فيجيء من هاهنا وجه أن القرار على الغاصب قاله الرافعي وهو ما حكيناه عن القاضي.

وأما نصيب الغاصب فللمستحق مطالبته به، وهل يطالب به العامل؟ قال القاضي الحسين: - لا يخلو ما أن يكون قد دخل الجميع في يد العامل(٢) قبل الاقتسام بأن اجتنى الجميع وأحرزه في موضع إلى أن يتفق الاقتسام، أو لم يدخل الجميع في يده فإن [كان](٣) لم يدخل في يده فلا يطالب به، وإن كان قد دخل في يده ففيه وجهان:

أظهرهما عند المعظم كما قاله(٤) الرافعي: نعم؛ لثبوت يده عليه كما يطالب عامل القراض إذا خرج ماله مستحقًّا.

والثاني:- المنع؛ لأن يده لم تثبت عليه حكما بدليل أنه لا يلزمه حفظها بخلاف عامل القراض: فإن اليد للعامل بدليل أنه يلزمه حفظه [وهذا](٥) ما حكاه الماوردي، وحكاه في [بحر المذهب](٦) عن القاضي الطبري، وعلى الوجهين يخرج ما إذا تلفت جميع الثمار(٧) قبل المخاصمة بجائحة أو غصب(٨) فعلى الأول: يطالب العامل، وعلى الثاني: لا، ولو تلف شيء من الأشجار ففيه الوجهان وإذا قلنا: إن العامل يطالب(٩) بنصيب الغاصب، فإذا غرمه ففي رجوعه على الغاصب الخلاف المذكور في رجوع المودَع على المودع، والظاهر أنه يرجع إذا

---

(١) في أ: قول.
(٢) في جـ، د: العمل.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) في أ: قال.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: البحر.
(٧) في جـ، د: الثمرة.
(٨) في أ: غصبت.
(٩) في جـ، د: يطلب.

بدا صلاح الثمرة فإن وثق المالك بالعامل؛ فتركها[١] في يده إلى وقت الإدراك، فيقتسمان حينئذ إن جوّزنا القسمة، أو يبيع أحدهما نصيبه من الآخر، أو يبيعان من ثالث، وإن لم يثق به وأراد تضمينه التمر أو الزبيب، فينبني على أن الخرص عبرة[٢] أو تضمين؟ إن جعلناه عبرة[٣] لم يجز، وإن جعلناه في الزكاة تضمينا انبنى على جواز دخوله المساقاة، وفيه قولان تقدما والصحيح دخوله، ويجري الخلاف فيما لو أراد العامل تضمين المالك بالخرص.

إذا انقطع ماء البستان وأمكن رده ففي تكليف المالك السقي وجهان: -

أحدهما: - لا يكلف؛ كما لا يجبر أحد الشريكين على العمارة.

والثاني: - يكلف؛ لأنه لا يتمكن من العمل إلا به، فأشبه ما إذا استأجَرَ لقصارة ثوب بعينه يكلَّف تسليمه إليه، فعلى هذا لو لم يَسْعَ في رده لزمه للعامل أجرة عمله.

ولو لم يمكن رد الماء، فهو كما لو [تلفت الثمرة][٤] بجائحة[٥].



(١) في جـ، د: فيتركها.
(٢) في أ: غيره.
(٣) في أ: غيره.
(٤) في أ: أتلف الثمار.
(٥) قال النووي (٤/ ٢٤١) أصحهما: لا يكلف.

باب المزارعة

قال: **المزارعة أن يسلم الأرض إلى رجل ليزرعها ببعض ما يخرج منها.**

هذا التفسير من الشيخ يقتضي صدق هذه التسمية سواء كان البذر من صاحب الأرض، أو [من][1] العامل، أو منهما على حسب ما شرطا كما صرح به الماوردي وهو منطبق على قول من ادعى أن المخابرة والمزارعة بمعنى واحد، وهو البندنيجي وقال: لا يَعْرِفُ في اللغة بينهما فرقا.

وحكى صاحب «البيان» «ورفع التمويه»: أنه الذي صار إليه أكثر الأصحاب، وكلام القاضي أبي الطيب يدل عليه حيث قال: المخابرة المزارعة؛ لأن الأكار الذي هو الزارع[2] يسمى: الخبير.

وقول الشافعي: المخابرة استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها ودلّت[3] سُنَّة رسول الله - ﷺ - في نهيه عن المخابرة [على][4] أنه لا تجوز المزارعة على الثُّلُث، ولا على الرُّبع ولا على جُزء من الأجزاء؛ لأنه مجهول، ولا يجوز الكراء إلا معلومًا - دليل على ذلك أيضا، وكذا قول الجوهري في «الصحاح»: الخبير الأكار؛ ومنه المخابرة وهي المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض، وقد ادعى النواوي وغيره أن الذي ذكره الجوهري هو ظاهر نص الشافعي، والصحيح أن المزارعة المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج من زرعها، والبذر من مالك الأرض والمخابرة مثلها إلا أن البذر من العامل[5]، فتكون المزارعة على هذا

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ج، د: الزراع.
(٣) في أ: فبدلت.
(٤) سقط في ج، د.
(٥) قوله: قال - يعني الشيخ-: المزارعة: أن يسلم الأرض إلى رجل؛ ليزرعها ببعض ما يخرج منها، وهذا التفسير يقتضي صدق هذه التسمية، سواء كان البذر من صاحب الأرض، أو من العامل، أو منهما، وقد قال به جماعة، والصحيح: أن المزارعة المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج من زرعها، والبذر من مالك الأرض، والمخابرة مثلها إلا أن البذر من العامل. انتهى.
وهذا الذي ذكره في الفرق بين المزارعة والمخابرة، قد ذكره الشيخ عقب ذلك، فقال: ويكون البذر =

إكراء العامل ليزرع الأرض ببعض ما يخرج منها، والمخابرة إكراء الأرض للزرع ببعض ما يخرج منها واشتقاقها من الخبار وهي الأرض الرخوة[(١)].

وقيل: من الخبر، وهو شرب الماء يقال: كم خبر أرضك؟ أي كم شرب أرضك، حكاه أبو الطيب وقيل: من الخبر، وهو الزرع[(٢)].

وقيل: من معاملة خيبر حيث أقرهم رسول الله ﷺ عليها فقال: «خَابِرُوهم»[(٣)] أي عاملوهم على خيبر.

وقيل: من الخبرة، وهي النصيب حكاه الماوردي.

وقال رحمه الله تعالى:- ولا يجوز ذلك لما روى مسلم عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن المُحَاقَلَة، والمُزَابَنَة، وَالمُعَاوَمَة والمُخَابَرَةِ وعن الثُنيَا في البيع[(٤)] فثبت المنع في المخابرة بالنص، والمزارعة إن لم تكن[(٥)] هي نفسها قسناها عليها، على أنه قد روي عن ثابت بن الضحاك وابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن المزارعة[(٦)]، لكن قال الأصحاب: إن النهي عن المخابرة أثبت منه، وقد أشار الشافعي بقوله: ولم تَرُدّ إحدى سنتيه الأخرى إلى أن القياس التسوية بين الجواز في المساقاة والمزارعة، أو المنع فيهما؛ لأن كل واحد منهما عقد على عمل في الشيء ببعض ما يخرج منه غير أنا اتبعنا فيهما السنة، والسنة فرقت

= من صاحب الأرض.

تنبيه: ذكر المصنف أشياء:

منها: أن الأكار هو الزارع، هو بفتح الهمزة وتشديد الكاف.

ومنها: أن الخبار اسم للأرض الرخوة، هو بفتح الخاء المعجمة وبالباء الموحدة والراء المهملة.

ومنها: أن الخبر اسم لشرب الأرض، اعلم أن الجوهري - قد ذكر: أن الخبر - بخاء معجمة مفتوحة وباء موحدة ساكنة- هي المزادة العظيمة، أي: القربة التي تسع ماء كثيرًا، فيجوز أن يكون المذكور في الكتاب هو هذا اللفظ، وأطلقوه على شرب الماء.

ومنها: المعاومة نهى عنها في الحديث، وهي جعل الثمرة للمالك عامًا وللعامل عامًا آخر، وتطلق - أيضًا- على بيعها لأعوام مستقبلة. [أ و].

(١) في ج، د: المرضوه. (٢) في ج، د: الزراع.

(٣) ذكره الماوردي في «الحاوي» (٧/ ٤٥٠)، وابن قتيبة في «غريب الحديث» (١/ ١٩٦).

(٤) في ج، د: المنع والحديث تقدم تخريجه.

(٥) في ج، د: يكن.

(٦) زاد في أ: في، والحديث أخرجه مسلم (٣/ ١١٨٣، ١١٨٤) كتاب البيوع: باب في المزارعة والمؤاجرة حديث (١١٨/ ١٥٤٩) من حديث ثابت بن الضحاك رضي الله عنه.

بينهما والمعنى فيه: أن تحصيل منفعة الأرض ممكنة بإجارتها، فلم يجز العمل عليها ببعض ما يخرج منها.

أصله: المواشي [وغيرها][١] من الأعيان.

قال:- إلا على الأرض التي بين النخيل أي وما في معناه، بحيث لا يمكن سقي ذلك إلا بسقي الأرض فيساقيه على [النخل ويزارعه][٢] **على الأرض، ويكون البذر من صاحب الأرض؛ فيجوز ذلك تبعا للمساقاة.**

وقد استدل الأصحاب لذلك بما روى مسلم عن ابن عمر قال: «أعطى رسول الله ﷺ خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر وزرع»[٣]، وهو خاص فقدم على الخبر العام، وهو نهيه عن المخابرة. وبأن الحاجة ماسة إلى تجويز ذلك [إذ][٤] لو منع أدى [إلى][٥] أن يسلم لرب[٦] النخل عمل العامل في الأرض بالعقد على النخل مجانا؛ [لأنه][٧] لا يتوصل إلى العمل على النخل إلا بالعمل على الأرض التي تكون بين ظهراني النخل فاغتفر[٨] هذا العقد تبعا لذلك، والشيء يجوز أن يدخل في العقد[٩] تبعًا، فإن امتنع إفراده، فكالعقد على الحمل في البطن، والثمرة قبل بدو الصلاح، واعتبار كون البذر من صاحب الأرض وإن لم يشهد له الحديث؛ ليكون العقدان واردين على مجرد المنفعة فيتحقق التبعية.

أما إذا أمكن سقي النخيل وما في معناه بدون سقي الأرض[١٠] التي بينه فلا يجوز المزارعة عليها تبعا للنخل.

قال:- وقيل: إن كان النخل[١١] **قليلا والبياض كثيرا لم يجز** أي وإن وجد[١٢] ما ذكرناه من الشروط؛ لأن الكثير لا يجوز أن يتبع القليل، وعلى هذا فالكثير: ما تكون مساحته مثل مساحة مغارس النخل، أو أكثر.

وقيل: العبرة بكثرة الريع[١٣].

قال الغزالي: ولعله الأظهر.

وحكى في «البحر» وجهًا غريبًا: أنه يجب أن يكون البذر من العامل، ووجها أن البذر يجوز أن يكون على مَنْ شَرَطَ مِنْ رب الأرض أو العامل، وهذا ما[١٤]

---

(١) سقط في أ.
(٢) في التنبيه: النخيل ويزارع.
(٣) تقدم.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: رب.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: فاعتقد.
(٩) في جـ، د: للعقد.
(١٠) في جـ، د: الأراضي.
(١١) في التنبيه: النخيل.
(١٢) في أ: وجدنا.
(١٣) في أ: الريح.
(١٤) في جـ، د: قد.

حكاه الشيخ أبو علي وغيره، وقد أجري هذا الوجه أيضا فيما لو شرط على العامل الثور دون البذر، وصححه العبادي؛ لأنه يصير كأنه اكترى العامل وثوره بجزء[١] من الزرع، وعلى هذا الوجه إذا أخرج العامل البذر على شرط [أن يكون][٢] التبن [لأحدهما][٣] و[الحب][٤] بينهما نصفين صح، وكذا لو شرطا أن يكون التبن والحب بينهما، ولو شرطا الحب للعامل[٥] والتبن لصاحب الأرض والثور - لم يجز، ولو انعكس الحال فوجهان.

والفرق أن صاحب الأرض أصل، فلا يجوز أن يعطى ما ليس بأصل، وهو التبن.

تنبيه: في قول الشيخ [فيجوز ذلك][٦] تبعا للمساقاة ما يعرفك بأن محل الصحة إذا لم يفرد المزارعة بعقد؛ كما هو شأن البائع[٧] في البيع من الحمل وغيره.

وصورته: أن يقول: ساقيتك على النخل، وزارعتك على البياض الذي بينهما بكذا، فيقول العامل: قبلت، ويقوم مقام ذلك قوله عاملتك على هذه النخيل والبياض الذي بينه بكذا، صح في المساقاة دون المزارعة، صرح به القاضي أبو الطيب

وقال في «البحر»: يجب أن يبنى هذا على تفريق الصفقة، ولو أفرد كلًا من المساقاة والمزارعة بعقد، فإن قدم عقد المزارعة بطل، وإن قدم عقد المساقاة ففي الصحة وجهان شبههما القاضي أبو الطيب، والمحاملي وغيرهما بما إذا باعا الثمرة قبل بدو الصلاح من صاحب الأصل بغير شرط القطع.

وحكى الإمام في صحة عقد المزارعة إذا أفرد ثلاثة أوجه:

أقيسها: عدم الصحة، وأعدلها ثالثها وهو إن تقدمت المساقاة صحت المزارعة، وإلا فلا.

[قال:][٨] ومن قال بصحة المزارعة عند التقدم، فلا يراه إلا موقوفا على وجود عقد المساقاة بعده، وإن صح هذا الوجه فهو بعينه يجيء فيما إذا باع الثمرة قبل بدو الصلاح مطلقا، ثم باع الأصل من مشتريها.

فرع: لو قال ساقيتك على النخل بكذا وزارعتك على البياض الذي بينهما بكذا، فقال العامل: قبلت قال القاضي الحسين: إن صححنا المزارعة عند إفرادها بالعقد فهاهنا أولى، وإلا فوجهان نظرًا إلى اتحاد القبول.

---

(١) في ج، د: تجزيء.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ج، د.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ج، د: العامل.
(٦) سقط في ج، د.
(٧) في ج، د: المبايع.
(٨) سقط في أ.

ولو قال: زارعتك على البياض وساقيتك على النخيل بكذا، فقال العامل: قبلت - فقد حكى الإمام عن القاضي: أنه يصح وجها واحدا.

وقال: إن الذي ذكره صحيح.

قال: **ولا يجوز ذلك إلا على جزء معلوم من الزرع كالمساقاة للخبر.**

وقول الشيخ: كالمساقاة يجوز أن يكون نظمه قياسا[١] وهو الأقرب، ويجوز أن يكون جعله شرطا آخر وهو أن يكون الجزء المشروط من الزرع للعامل، كالجزء المشروط في المساقاة؛ كما حكاه الماوردي عن البصريين.

لكن الراجح - وهو الذي جزم به المحاملي والقاضي أبو الطيب، وحكاه الماوردي عن البغداديين-: عدم اشتراط ذلك؛ بل يجوز أن يشترط له من الزرع الربع، ومن الثمرة النصف، وبالعكس.

ولنختم الباب بذكر فائدة وفرع يتعلق به.

فائدة: ما الحيلة في تحصيل مقصود المزارعة إذا لم يكن ثَمَّ نخل؟

قلت: قد ذكر الأصحاب لذلك صورًا فلنقتصر منها على ما نص عليه الشافعي، وهو أن يكري مالك الأرض نصفها بنصف عمل العامل، ونصف منفعة الآلات التي يستعملها العامل إن كانت الآلات له، ويكون البذر مشتركًا بينهما؛ فيشتركان في الزرع على حسب الاشتراك في البذر.

والفرع: لو كان بين نخل[٢] المساقاة زرع لرب النخل - كالموز والبطيخ وقصب السكر - فساقاه على النخل والزرع معًا على أن يعمل فيهما بالنصف منهما، ففيه وجهان:

أحدهما: تجوز المساقاة في الزرع تبعًا للمساقاة [في النخل؛ كما تجوز المخابرة تبعًا للمساقاة][٣].

والثاني: لا، والفرق: أن المساقاة على الزرع هي استحقاق بعض الأصل، والمخابرة على الأرض لا يُستحق فيها شيء من الأصل، كذا قال الماوردي، والله أعلم[٤].

---

(١) في ج، د: دليلًا. (٢) في أ: محل. (٣) سقط في أ.

(٤) زاد في أ: تم الجزء السادس بحمد الله وحسن توفيقه، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ وآله تسليمًا كثيرًا سرمدًا أبدًا، حسبنا الله ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. يتلوه في الجزء الذي يليه - إن شاء الله تعالى - باب الإجارة، والحمد لله رب العالمين، أستغفر الله وأتوب إليه.

باب الإجارة

الإجارة بكسر الهمزة.

وقيل: بضمها، مصدر أجر يؤجر إجارة، وهي مشتقة من الأجر، والأجر: ثواب العمل[1] وعوضه.

يقال في الدعاء: آجرك الله؛ أي: أثابك، وكأن الأجر عوض عمله، [كما أن الثواب عوض عمله][2].

وهي في الشريعة: عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل[3] والإباحة بعوض معلوم.

ويقال: استأجرت دار فلان وآجرني داره ومملوكه يؤجرهما إيجارًا فهو مُؤجِر وذاك مُؤْجر، وأجرت داري أو مملوكي غير ممدود وآجرت ممدود والأول أكثر.

قال الأخفش[4]: ومن العرب من يقول: أجرت غلامي أجرًا فهو مأجور وأجرته إيجارًا فهو مؤجر، وآجرته على فاعلته فهو مؤاجر.

والأصل في مشروعيتها قبل إجماع الصحابة، والتابعين من الكتاب قوله

---

(١) قوله: الإجارة - بكسر الهمزة: وقيل بضمها - مصدر أجره يؤجره إجارة، وهي مشتقة من الأجر، والأجر ثواب العمل. انتهى.
و الذي ذكره -رحمه الله- في الاشتقاق غير مستقيم؛ فإن المصدر غير مشتق على المعروف، ولو فرعنا على اشتقاقه كما قال به الكوفيون؛ فإن المشتق منه إنما هو الفعل لا اسم آخر، وقد سبق نحو هذا الاعتراض في أول الكتاب. [أ و].

(٢) سقط في ج

(٣) في أ: للبذل.

(٤) هو: سعيد بن مسعدة المجاشعي بالولاء، البلخي ثم البصري، أبو الحسن، المعروف بالأخفش الأوسط. نحوي، عالم باللغة والأدب، من تصانيفه: معاني القرآن، المقاييس في النحو، الاشتقاق، وغيرها. توفي سنة خمس عشرة ومائتين.
ينظر: إنباه الرواة (٢/ ٣٦)، ومعجم الأدباء (١١/ ٢٢٤)

تعالى: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله تعالى: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُۥۖ قَالَ لَوۡ شِئۡتَ لَتَّخَذۡتَ عَلَيۡهِ أَجۡرًا﴾ الآية [الكهف: ٧٧]، وقوله تعالى: ﴿قَالَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا يَـٰٓأَبَتِ ٱسۡتَـٔۡجِرۡهُۖ إِنَّ خَيۡرَ مَنِ ٱسۡتَـٔۡجَرۡتَ ٱلۡقَوِيُّ ٱلۡأَمِينُ﴾ [القصص: ٢٦، ٢٧].

وهذا وإن ورد في شرع من قبلنا؛ فقد ورد في شرعنا ما يقرره فكان حجة.

روى البخاري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: «رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ»[١].

وروي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ»[٢].

وروى أنه - عليه السلام - لما ولد إبراهيم استأجر له ظئرًا يقال لها: أم سيف؛ امرأة رجل[٣] بالمدينة، يقال له: أبو يوسف[٤][٥]، وغير ذلك من الأخبار والآثار.

ومن جهة المعنى: أن الحاجة إلى الإجارة داعية، والضرورة إليها ماسة؛ فإنه ليس لكل أحد ظهرٌ يركبه ولا دارٌ يسكنها، ولا يقدر كل أحد على أن يعمل جميع ما يحتاج إليه من الأعمال بنفسه، وإن قدر فلا يحسن به؛ فجوزت لذلك، كما جوز بيع الأعيان.

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٥٢٣) كتاب الإجارة: باب إثم من منع أجر الأجير حديث (٢٢٧٠).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨١٧) كتاب الرهون، باب: أجر الأجراء، برقم (٢٤٤٣)، والقضاعي في مسند الشهاب (١/ ٤٣٣) برقم (٧٤٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعًا، وفي الباب من حديث أبي هريرة، وأبو يعلى (١٢/ ٣٤) رقم (٦٦٨٢) وأبو نعيم في «الحلية» (٧/ ١٤٢) والبيهقي (٦/ ١٢١) كتاب الإجارة: باب إثم من منع الأجير أجره، كلهم من طريق سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً.
والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٠٠ ١٠١) وقال: رواه أبو يعلى وفيه عبد الله بن جعفر والد علي بن المديني وهو ضعيف. ا.هـ. قلت: قد توبع عند أبي نعيم في الحلية.

(٣) في جـ: خبر.

(٤) قوله: وروى أنه ﷺ لما ولد إبراهيم استأجر له ظئرًا يقال لها: أم سيف امرأة حبر بالمدينة يقال له: أبو سيف. انتهى.
الظئر - بظاء معجمة مشالة مكسورة بعدها همزة ساكنة - هي المرضعة، والحبر اليهودي: العالم بشريعتهم، وهو بالحاء المهملة. [أ و].

(٥) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٣٩٠).

قال: الإجارة بيع؛ لأنها تمليك من كل المتواجرين لصاحبه، فإن المستأجر يملك المنفعة في مقابلة الأجرة والآجر يملك الأجرة في مقابلة المنفعة فكان كبيع العين بالعين.

ونظم ذلك قياسًا: أنه تمليك معلوم بمال معلوم فكان كبيع العين بالعين. واختصاصه باسم الإجارة لم يخرجه عن أن يكون بيعًا؛ ألا ترى أن الصرف والسلم والصلح بيع، وإن اختص باسم.

إذا تقرر ذلك فما المعقود عليه؟ الذي ذهب إليه الأكثرون: المنفعة وتوجُّه العقد إلى العين لتعيين المنفعة لا لأنه ورد العقد عليها.

وقال أبو إسحاق: إنما يتناول العقد [العين][(١)] دون المنفعة ليستوفي من العين - مقصوده من المنفعة؛ لأن المنافع غير موجودة حين العقد فلم يجز أن يتوجه العقد إليها. وخطأه الماوردي، وكلام القاضي الحسين يقتضي ترجيحه، فإنه قال: الأصح أنها عقد على العين لاستيفاء المنفعة منها وهذا حقيقة ما ذهب إليه أبو إسحاق.

وقال الإمام: إن القاضي أشار بذلك إلى أن العاقد يقول: أجرتك هذه الدار، فيضيف لفظه إلى عينها؛ والمقصود استيفاء المنفعة منها، ومن هنا أخذ الرافعي أن هذا الاختلاف ليس خلافًا محققًا؛ لأن من قال: المعقود عليه العين [لا] يعني به أن العين تملك بالإجارة كما تملك بالبيع؛ ألا ترى أنه قال: المعقود عليه العين لاستيفاء المنفعة، ومن قال المعقود عليه المنفعة لا يقطع الحق عن العين بالكلية؛ بل له أن يسلم العين وإمساكها مدة العقد لينتفع بها.

وقد حكى في البحر وجهًا في أن حلى الذهب لا يجوز إجارته بالذهب، وحلي الفضة لا يجوز إجارته بالفضة، ولا يظهر له وجه إلا التخريج على مذهب أبي إسحاق، وإذا كان كذلك فقد صار خلافا محققًا، ونشأ منه الاختلاف في هذا الفرع، ثم على الصحيح هل تحدث المنفعة على ملك المستأجر أو ملك الآجر ثم تنتقل إلى المستأجر؟

المشهور الأول.

---

(١) سقط في د.

وفي الحاوي حكاية خلاف في ذلك حكاه عند الكلام في أن الآجر هل يجوز له أن يستأجر العين المستأجرة من المستأجر؟ وقال: إن الشافعي أشار إلى ذلك في كتاب الرهن، قال: **تصح ممن يصح منه البيع**؛ أي ولا تصح من غيره؛ لأنه قد ثبت أنها بيع وهذا حكم البيع.

قال: **وتصح بلفظ الإجارة**؛ لأنه الموضوع لها، ولا فرق في ذلك بين أن يضيف الإجارة إلى العين بأن يقول: أجرتك هذه الدار شهرًا من الآن بكذا، كما اتفق الأصحاب عليه أو يضيفها إلى المنفعة بأن يقول: أجرتك منفعة هذه الدار كما صرح به ابن الصباغ، وصاحب المرشد، والقاضي الحسين في ضمن فرع أوله: إذا كان جمل بين رجلين مشتركا.

وعلى هذا: يكون ذكر المنفعة ضربًا من التأكيد كما لو قال: بعتك عين هذه الدار أو رقبتها فإنه يصح وقد صدر في التهذيب [كلامه بهذا الوجه ثم قال: وقيل: لا يصح، وهو ما حكاه القاضي الحسين في أول هذا الكتاب وكذا الإمام ومن تابعه][1].

ووجهه القاضي: بأن لفظ الإجارة إذا أضيف إلى شيء يقتضي منفعة ذلك الشيء فإذا أضيف إلى المنفعة اقتضى منفعة المنفعة وليس للمنفعة منفعة، وحكم إضافة لفظ الكراء بالمد إلى الدار أو إلى المنفعة حكم إضافة لفظ الإجارة إلى ذلك، وقد صرح بالصحة فيما إذا أضيف إلى المنفعة القاضي أبو الطيب حيث تكلم في الصور المصححة لمقصود المزارعة في كتاب المزارعة.

قال: **وبلفظ البيع**؛ لأنه قد ثبت أنها بيع والبيع ينعقد بلفظه، وهذا ما حكي عن ابن سريج، والمعتبر عنده: أن نضيف العقد إلى المنفعة فيقول: بعتك منافع هذه الدار شهرًا من الآن بكذا فلو أضافه إلى العين فقال: بعتك الدار شهرًا بكذا كان بيعًا فاسدًا لتأقيته .

وحكى الشيخ في المهذب وغيره وجهًا آخر: أنه لا يصح عقد الإجارة بلفظ البيع، وادعى القاضي الحسين، وصاحب التهذيب: أنه الأصح، والإمام، والغزالي، والرافعي أنه الأظهر؛ لأن البيع مخصوص بالأعيان عرفًا.

ويحكى عن أبي العباس الروياني حكاية طريقة أخرى قاطعة به.

وحكى الإمام اتفاق الأصحاب على أنها تنعقد بلفظ التمليك لعدم اختصاصه بعقد.

---

(١) سقط في د.

وحكى في التهذيب طرد الخلاف في لفظ البيع فيه، وقد تقدم في باب المساقاة حكاية وجه في انعقاد الإجارة بلفظ المساقاة.

قال: وتصح على كل منفعة مباحة؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] فثبت جوازها على الإرضاع بهذه الآية مع كثرة الغرر فيه؛ لأن اللبن قد يقل ويكثر، وكذلك شرب الرضيع، فجوازها في غيره من طريق الأولى على أنه قد وردت أخبار وآثار في جوازها على غيره، وقد قال الشافعي: لو لم يكن في الإجارة إلا هذه الآية لكانت كافية في الدلالة عليها؛ ولأن المنافع كالأعيان، فإذا جاز عقد البيع على الأعيان جاز عقد الإجارة على المنافع.

واعلم أن الشروط المعتبرة في المنفعة سبعة:

أحدها: أن تكون مباحة، وليس المراد بها ما يعتبره الأصوليون فإن الاستئجار للحج وتفرقة الزكاة وغسل الميت وحمله ودفنه [وتعليم القرآن المفروض منه عينًا: وهو الفاتحة، وكفاية: وهو ما عدا الفاتحة كما صرح به الإمام في كتاب الصداق][1] جائز [بالاتفاق إذا لم يتعين ذلك على المستأجر][2]، وكذا إذا تعين عليه بأن لم يكن ثمة غيره على أصح الوجهين، بل المراد [ألا][3] تكون محرمة.

الثاني: أن تكون مقدورًا على تسليمها.

الثالث: أن تكون معلومة القدر والصفة إما برؤية العين المؤجرة أو بالوصف إن حصل به الغرض.

الرابع: أن يكون الشروع في استيفائها بالعقد، وهذا ما ذكره الشيخ مصرحًا به.

الخامس: أن تكون متقومة، واحترز به عن المنفعة التافهة؛ كما إذا استأجر تفاحة للشم، فإنه لا يجوز كما لا يجوز بيع حبة من الحنطة وإن كان تفاحًا جاز كما قاله الرافعي فإنه لا يتقاعد عن استئجار الرياحين والمسك للشم، وقد نصوا على جوازه.

السادس: ألا يتضمن العقد عليها استهلاك عين قصدًا واحترز به عن استئجار الأشجار لثمارها والشاة للبنها والبركة لحيتانها، ونحو ذلك، وقد استثنى استئجار المرضعة للرضاع كما سنذكره على وجه، وكذا الدار التي فيها بئر فإنه يستوفي ماءها تبعًا لا قصدًا، وجعل الرافعي المجوز للاستئجار على الرضاع الضرورة

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) سقط في ج.

وألحق به في الحكم استئجار البئر ليستقي ماءها وغيره منع فيها كما سنذكره.
ولو استأجر بركة ليحبس فيها الماء حتى يجتمع فيها السمك جاز.
وفيه وجه: أنه لا يجوز.
السابع: أن تكون واقعة لمن خرج عوضها عن ملكه واحترز به عن مسائل.
منها: استئجار المسلم للجهاد لا يجوز؛ لأن الخطاب به متعلق بالمسلمين على العموم فيكون الأجير فيه قائمًا بما خوطب به، ويستحيل أن يقع فعله عن غيره ويجوز للإمام استئجار الذمي عليه على الأصح[1]؛ لأن المنفعة تعود للمسلمين دونه.
ومنها: الاستئجار للأذان، وفي صحته ثلاثة أوجه:
أحدها: وبه قال الشيخ أبو حامد، ويقال: إن ابن المنذر نقله عن الشافعي أنه لا يجوز لا للإمام ولا لغيره.
والثاني: أنه يجوز لهما وهو الأظهر[2] في الرافعي.
وفي النهاية في كتاب الصداق.
والثالث: يجوز للإمام ولا يجوز لغيره.
وإذا قلنا بالجواز تبعت الإقامة[3].
وما الذي يقابل الأجرة؟ فيه أربعة أوجه:
أحدها: رعاية الوقت.
والثاني: رفع الصوت.
والثالث: [في][4] الإتيان بالحيعلتين.
والرابع: وهو الأصح جميع الأذان بجميع صفاته، وكل هذا مذكور في باب الأذان، وقد ألحق القاضي الحسين في فتاويه الاستئجار لقراءة القرآن الكريم على رأس القبر مدة بالأذان وتعليم القرآن وجزم [فيه][5] بالصحة.
ومنها: الاستئجار لإمامة الصلوات المفروضة لا يجوز، وكذا في صلاة النفل والتراويح على أصح الوجهين؛ لأن الإمام يصلي لنفسه ومهما صلى اقتدى به من يريد، وإن لم ينو الإمامة على الأصح خلافًا لوجه حكاه العبادي في الزيادات أن من شرط صحة الاقتداء نية الإمامة، ومن جوز الاستئجار على ذلك ألحقه بالأذان لتأدي الشعار.

---

(١) في د: المذهب.
(٢) في د: الأصح.
(٣) في د: الإمامة.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في ج.

ومنها: الاستئجار للتدريس والإقراء من غير أن يعين أشخاصًا للقراءة والاشتغال بالعلم لا يصح دون ما إذا عين أشخاصًا، أو مسائل محصورة، أو سورًا، أو آيات بعينها فإنه يصح.

وعن الشيخ أبي بكر الطوسي تردد جواب في الاستئجار لإعادة الدرس وأبدى الإمام احتمالاً في جواز الاستئجار على التصدر للقراءة.

قال: **وفي استئجار الكلب للصيد، والفحل للضراب والدراهم والدنانير - أي للزينة - وجهان: أظهرهما أنه لا يجوز**[١] أما في الكلب؛ فلأنه يحرم اقتناؤه إلا للصيد والحراسة وما أبيح للحاجة لا يصح أخذ العوض عنه؛ كالميتة؛ لأنه لا قيمة لعينه فكذلك المنفعة[٢].

وأما في الفحل؛ فلما روى الدارقطني عن أبي سعيد الخدري قال: «نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ»[٣].

[وروى الشافعي في المختصر أنه ﷺ نَهَى عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ][٤].

وروى مسلم عن جابر قال: «نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ [بَيْعِ][٥] ضِرَابِ الْفَحْلِ»[٦].

وعسب الفحل: الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل كما قاله الجوهري وأبو عبيد.

ويؤيده رواية الشافعي.

[وقيل: عسب الفحل: ماؤه، فعلى هذا يكون حديث أبي سعيد اقتضى النهي عن بيع ماء الفحل][٧].

وقيل: عسب الفحل: ضرابه، قاله الجوهري أيضًا، فيكون المضمر البيع وتؤيده رواية جابر؛ ولأن فعل الضراب غير مقدور للمالك؛ لأنه يتعلق باختيار الحيوان.

---

(١) في جـ: جميع ذلك. (٢) في جـ: للمنفعة.

(٣) أخرجه البخاري (٤/ ٤٦١) كتاب: الإجارة، باب: عسب الفحل، حديث (٢٢٨٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وأخرجه الدارقطني (٣/ ٤٧) كتاب البيوع من حديث أبي سعيد الخدري.

(٤) أخرجه الشافعي كما في مختصر المزني ص (٨٧).

(٥) سقط في د.

(٦) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٧) كتاب المساقاة، باب: تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة ويحتاج إليه لرعي الكلأ، برقم (٣٥/ ١٥٦٥).

(٧) سقط في د.

وأما في الدراهم والدنانير؛ فلأن منفعة التزين من النقدين لا تقصد إلا نادرًا، والأغلب سواها، وهو التصرف فيها فصار حكم الأغلب هو المغلب، وإذا كان كذلك فكأن لا منفعة مع أن ما قصده فيه غرور فلا يعان عليه؛ ولأن هذه المنفعة لا تضمن بالغصب فلم يصح عقد الإجارة عليها كوطء الأمة.

والوجه الثاني: الجواز؛ لأن هذه منافع تستباح بالإعارة فاستحقت بالإجارة كغيرها من المنافع، وهذا ما اختاره في مسألة الكلب صاحب المرشد والبحر، وكذلك الإمام في باب بيع الكلاب، وقال: لا يتجه عندنا تخريج الخلاف فيه على أن المعقود عليه العين أو المنفعة، فإن هذا يبطل بإجارة الجرْو.

وقال الجيلي: إنه مبني عليه، وخرجه الماوردي على الخلاف في أن منافع الكلب مملوكة أو مستباحة، واختار ابن أبي هريرة صحة استئجار الفحل للضراب.

قال الرافعي في البيوع: ويجوز أن يعطي صاحب الأنثى صاحب الفحل شيئًا على سبيل الهدية أي على الوجهين:

واختار القاضي الطبري صحة إجارة الدراهم والدنانير كما حكاه عنه في البحر، وحكم إجارة الكلب للحراسة وجلد الميتة [كما حكاه القاضي الحسين حكم إجارة الكلب للصيد وحكم إجارة الأغنام لوجه من وجوه الانتفاع][(١)].

كما حكاه مجلي عن الشامل أو الطعام ليُعَاير به مكيالاً. كما قاله الماوردي، أو لتزيين الحوانيت - كما أبداه الإمام تخريجًا - حكمُ إجارة النقدين، والذي جزم به القاضي الحسين عدم الصحة في إجارة الطعام للزينة، وعلى ذلك جرى في الوسيط وألحق الماوردي وغيره بصور الخلاف إجارة الأشجار للاستظلال بها أو لتجفيف الثياب عليها، أو لربط المواشي أو السفن إذا كانت هذه المنافع غير مقصودة منها في العرف وجزم بالجواز فيما إذا صار ذلك مقصودًا من منافعها، وأطلق البندنيجي القول بجواز إجارتها لنشر الثياب عليها وربط الدواب فيها، وهذا ما حكى الرافعي أن بعضهم صححه وإن جرى الخلاف؛ لأنها منافع مهمة، وأجرى في التهذيب الخلاف في استئجار الببغاء للاستئناس بصوتها، وبالجواز أجاب المتولي فطرده في كل ما يستأنس [بصوته][(٢)] [أو بلونه][(٣)]

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) في جـ: لونه.

كالطاووس، وكذا أجاب به البندنيجي فيما إذا كان على الحائط صور مباحة فاستأجره للنظر[١] إليها وألحقه باستئجار المصحف، أو الدفاتر، أو الحائط الذي عليه [شيء][٢] مكتوب ليقرأه.

فائدة: كثيرًا ما يسأل عن محل الخلاف في استئجار الأشجار للاستظلال، ويقال: إن كان الموضع الذي يستظل فيه مباحًا [أو منفعته مملوكة للمستأجر فالاستظلال حاصل له بغير أجرة فلا يصح الاستئجار له؛ لأن بذل المال يكون سفهًا، ويشهد له أن العمراني في الزوائد حكى عن القاضي أبي الطيب أنه قال: لو استأجر بستانًا لينظر إليه لم يصح لما ذكرناه وإن كان مملوكًا][٣] لصاحب الأشجار فالإجارة واقعة على الجميع فينبغي أن يصح جزمًا.

وجوابه من وجهين:

أحدهما: أن المراد الصورة الأولى، وتكون فائدة الاستئجار الأمن من إزالة ذلك.

الثاني: أن يصور المسألة بما إذا كان ظل الأشجار لا يصل إلى الموضع الذي يراد الاستظلال فيه إلا بإمالتها فيستأجرها ليميلها لأجل الاستظلال.

قال: ولا يصح على منفعة محرمة؛ كالغناء والزمر وحمل الخمر... أي: لا لأجل الإراقة؛ لأن ذلك محرم فلم يجز أخذ العوض عليه؛ كالميتة، والدم.

ودليل تحريم حمل الخمر: الخبر المشهور[٤]، وفي معنى ذلك استئجار المرأة عبدًا أجنبيًّا، والرجل حرة للخدمة وفي استئجار الأمة وجهان في العدة وكذا في استئجار الكافر للمسلم للخدمة إذا وقع العقد على عينه، والابن والده للخدمة [فيه][٥] وجهان، ومن المتفق على منع الاستئجار له؛ لكونه محرمًا - بناية البيع، والكنائس للتعبد، وتعليم السحر، والفحش، والتوراة، والإنجيل، وتعليم القرآن

---

(١) زاد في جـ: لينظر. (٢) سقط في د. (٣) سقط في د.

(٤) منها ما روي عن عبد الله بن عمر مرفوعًا: «لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه».
أخرجه أبو داود (٢/ ٣٥٠، ٣٥١) كتاب الأشربة، باب في العنب يعصر للخمر (٣٦٧٤) وابن ماجه (٥/ ٨٣) كتاب الأشربة، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه (٣٣٨٠) والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٢٧) كتاب الأشربة، باب كراهية بيع العصير ممن يعصر الخمر.
ذكره الحافظ في التلخيص (٤/ ١٣٦) وقال: وصححه ابن السكن

(٥) سقط في د.

لكافر لا يرجى إسلامه دون ما إذا كان مرجو الإسلام، وكذا كتابة كافر القرآن كما صرح به الماوردي؛ لأنه ممنوع من مس المصحف، وكذا الحائض لكنس المسجد، وقطع عضو سليم من آدمي أو غيره أو سن صحيح[١] أو الختان في وقت الحر الشديد والبرد الشديد، أو في صغير لا يحتمل ألمه كما صرح به القاضي الحسين، وأبدى في الوسيط احتمالا في جواز استئجار الحائض لكنس المسجد وإن كانت تعصى به كما تصح الصلاة في الأرض المغصوبة.

وحكى في الإبانة قبيل باب الصيد والذبائح: أن مسلمًا لو أجر نفسه لذمي ليبني له كنيسة قال الشافعي: كرهته فمنهم من قال هي كراهة تحريم فإذا عمل لا يستحق أجرة.

ومنهم من قال: بل كراهة تنزيه، ويصح العقد ويستحق الأجرة؛ لأن الكنيسة ما هي إلا بناء قلعة يسكنها كما يسكن الدار، أما الاستئجار على حمل الخمر للإراقة فجائز، كالاستئجار على كنس الخلاء وحمل الجيفة إلى المزبلة، وكذا الاستئجار لقطع يد متآكلة إذا قلنا بجواز القطع إذا صعب الألم وقال أهل الخبرة: إنه نافع.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه لا يجوز القطع في هذه الحالة أيضًا؛ لأن القطع إنما ينفع إذا وقعت الحديدة على محل صحيح، فعلى هذا يمنع الاستئجار.

وقد قيل بمنع الاستئجار عليه مطلقًا، وهو مطرد في الاستئجار على قلع السن الذي كثر ألمه، وقد صار إلى[٢] [تصحيحه][٣] فيهما القاضي الحسين وقال: إنما ينعقد جعالة؛ لأن الوجع يهيج ثم يسكن فلا يتحقق إمكان الوفاء بهذا العمل.

ورأى الإمام تخصيصه بالقلع؛ لأن احتمال فتور الوجع في الزمان الذي يفرض فيه القلع غير بعيد، أما زوال الآكلة في زمان القطع فإنه غير محتمل، وأجرى الخلاف في الاستئجار للفصد والحجامة وبزغ الدابة؛ لأن هذه إيلامات إنما تباح للحاجة وقد تزول الحاجة.

تنبيه: كلام الشيخ مصرح بأن الغناء حرام وكذلك ابن الصباغ حيث قال في باب بيع البراءة: أن استئجار الجارية للغناء لا يصح فإنه حرام، وكلام القاضي أبي الطيب في باب بيع المصراة يقتضي خلافه فإنه قال: وأما قول مالك: إن الغناء حرام فلا نسلم[٤] [ذلك][٥] وإنما قال الشافعي: إنه لهو ولعب وسخف وليس من أخلاق[٦] الدين.

---

(١) في جـ: صحيحة.
(٢) في د: إليه.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: يصح.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: أصلاب.

قلت: وليس ذلك بخلاف في المسألة، بل كلام الشيخ محمول على ما إذا تبعه شيء من آلة الملاهي المحرمة؛ كالمزمار ونحوه[١] وما قاله القاضي محمول على ما إذا لم يصحبه شيء من آلة الملاهي المحرمة وقد صرح بهذا الحكم في الحالتين الماوردي والشاشي[٢] في الحلية كل منهما في كتاب السلم.

آخر: الغناء: بكسر الغين والمد ولا تكتب إلا بالألف وفي رفع التمويه أنه يستعمل مقصورا وأنه مشتق من الغنة: وهي: خروج الصوت من الأنف، وأما الغِنى بالمال فمقصور يكتب بالياء.

قال: **ويصح الإجارة[٣] على منفعة عين معينة كاستئجار الدار للسكنى، والمرأة للرضاع والرجل للحج والبيع والشراء، والدابة للركوب، ويصح على منفعة في الذمة كالاستئجار لتحصيل الحج وتحصيل حمولة إلى[٤] مكان كما** يصح البيع على معين وموصوف في الذمة.

وقد استدل الأصحاب لصحة الاستئجار على الحج بأنه عمل[٥] تدخله النيابة فجاز العقد عليه كتفرقة الزكاة؛ ولأنه عمل معلوم يصح أخذ الرزق عليه فجاز أخذ الأجرة عليه؛ كبناء المساجد.

واعلم أن الإجارة للرضاع مطلقًا تتضمن استقاء[٦] اللبن، ووضع الصبي في

---

(١) في جـ: وغيره.

(٢) قوله: تنبيه: كلام الشيخ مصرح بأن الغناء حرام.
ثم قال ما نصه: وكلام القاضي أبي الطيب في «باب بيع المصراة» يقتضي خلافه، فإنه قال: وأما قول مالك: إن الغناء حرام فلا نسلم ذلك، وإنما قال الشافعي: إنه لهو ولعب وسخف، وليس من أخلاق أهل الدين.
قلت: وليس ذلك بخلاف في المسألة، بل كلام الشيخ محمول على ما إذا اتبعه شيء من آلات الملاهي المحرمة، كالمزمار ونحوه، وما قاله القاضي محمول على ما إذا لم يصحبه شيء من آلة الملاهي، وقد صرح بهذا الحكم في الحالتين الماوردي والشاشي. انتهى كلامه.
فيه أمران:
أحدهما: أن ما ذكره من نفي الخلاف في المسألة وحمل الكلامين على حالتين قد ذكر ما يخالفه في كتاب الشهادات، وستقف هناك على لفظه، إن شاء الله.
الأمر الثاني: أن ما نقله عن القاضي أبي الطيب أنه ذكره في باب «بيع المصراة» غلط، ليس له ذكر في ذلك الباب، وإنما ذكره في «باب الخراج بالضمان»، وهذا الباب هو بعد باب المصراة فاعلمه، وقد ذكره في البيع من شرح الوسيط على الصواب. [أ و].

(٣) في جـ: الاستئجار.

(٤) في د والتنبيه: في.

(٥) في جـ: حال.

(٦) في جـ: استيفاء.

الحجر، وتلقيمه الثدي، وعصر الثدي عند الحاجة إليه، لكن هل الأصل فعلها واللبن تابع، أو اللبن هو المقصود والفعل يتبعه؟ فيه وجهان في الرافعي، وأصحهما الأول.

والذي حكاه القاضي أبو الطيب [والمحاملي: أن الأصحاب اختلفوا:

فمنهم من قال: العقد واقع على اللبن، والحضانة والخدمة تابعة.

ومنهم من قال: العقد واقع على الحضانة والخدمة، واللبن تابع له.

وقال المحاملي: وهو الصحيح.

وقال في البحر: إنه المذهب.

ووجه القاضي أبو الطيب][(١)] بأن العين لا تملك بالإجارة؛ ولهذا لا يجوز إجارة البئر لاستقاء الماء منها، ويجوز على طريق التبع[(٢)] كما إذا استأجر دارًا؛ ليستعمل ماء البئر.

وهذه العبارة تفهم خلاف ما يفهمه لفظ الرافعي، فإن لفظ الخدمة والحضانة لا يصدق عرفًا وشرعًا على وضع الصبي في الحجر وتلقيمه الثدي[(٣)] فقط، بل يصدق ذلك كما صرح به القاضي الحسين وصاحب البحر على حفظ الصبي، وتعهده، وغسل ثيابه ورأسه وخروقه، وتطهيره من النجاسات، وتدهينه، وتكحيله، وإضجاعه في المهد، وربطه، وتحريكه في المهد لينام. وإذا كان كذلك؛ لزم مما ذكره المحاملي وأبو الطيب أن عقد الإجارة على الرضاع يتناول ذلك كله، لكن أصلاً وتبعًا، كما يتناول في تفسير الرافعي اللبن ووضع الرضيع في الحجر.

وقد حكى الماوردي: أنه إذا استأجر للرضاع وأطلق، هل عليها مع الرضاع حضانته وخدمته أم لا؟

فيه وجهان ينبنيان على أن المقصود اللبن أو الخدمة والرضاع، فإن قلنا: إن المقصود اللبن، لم يلزمها الحضانة والخدمة وإن قلنا: اللبن تابع لزمها الحضانة والخدمة، ومقتضى هذا البناء: أن يكون الصحيح اللزوم؛ إذ الصحيح كما ذكرنا أن العقد واقع على الحضانة والخدمة.

وقد حكى الرافعي أن الأصح خلافه، وحكى الخلاف فيما إذا استأجر للحضانة، هل يستتبعها الرضاع؟

والذي جزم به القاضي الحسين عدم استتباع الحضانة للرضاع.

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: البيع.
(٣) في جـ: النقي.

وهذا كله إذا لم يصرح بهما، ولا ينفى[١] أحدهما، فلو صرح بهما؛ بأن استأجر على الحضانة والرضاع، تعين الإتيان بهما؛ لكن المقصود [بالعقد][٢]: اللبن، أو الحضانة والخدمة، أو هما [الجميع مقصود بالعقد][٣].

فيه ثلاثة أوجه حكاها القاضي الحسين، وإن فائدتهما تظهر فيما إذا فقد أحدهما، هل [ينفسخ العقد أو يثبت الخيار؟ ثم قال: والوجهان في أن مطلق الإجارة على الإرضاع هل][٤] يستتبع الحضانة؟ يمكن بناؤهما على هذا الأصل:

إن جعلنا اللبن تابعًا لم يستتبعها، وإلا استتبعها.

ولو صرح بالاستئجار على الرضاع، ونفى الحضانة، فقد حكى الرافعي عن الأكثرين: أن أصح الوجهين الصحة؛ كما لو استأجر للحضانة، ونفى الرضاع، وأن الإمام قال: محل الخلاف فيما إذا ورد العقد على صرف اللبن إلى الصبي، وقطع عنه وضعه في الحجر، أما الحضانة بالتفسير الذي ذكرناه، فلا خلاف في جواز قطعها عن الرضاع.

قلت: وكلام القاضي الحسين مصرح بالخلاف فيها، ثم إن صح ما قاله الإمام، لزم أن يكون الأصح في هذه الحالة البطلان، إن قلنا بأن الأصح عند إطلاق العقد: أن اللبن تابع، كما حكاه من قبل، وقد حكي عن الأكثرين: أن الأصح [الصحة][٥]. ولتعلم أيضًا أن محل جواز الاستئجار على البيع والشراء إذا لم يكن الاستئجار على بيع من معين ولا على شراء شيء معين، وكان مما يلحق المستأجر فيه كلفة؛ كما إذا استأجره على بيع ثوب أو عبد أو نحوهما، أو شراء ذلك، أما لو استأجره على بيع من معين أو شراء شيء معين لم يصح؛ لأنه استئجار على شيء غير مقدور على تحصيله. حكاه الرافعي في أواخر هذا الباب.

وحكى في البحر: أنه لو استأجره ليشتري له ثوبًا بعينه جاز، ولو استأجره على كلمة البيع، أو كلمة تروج بها السلعة ولا تعب منها كالاستئجار على بيع [ما استقرت قيمته في البلد، كالخبز، واللحم ونحوهما لم تصح؛ لأنها منفعة][٦] غير مقصودة غالبًا.

قال الرافعي: ولم يجعلوا ذلك من صور الوجهين.

تنبيه: الحُمولة، بضم الحاء، هي الأحمال، وبفتحها هي الإبل التي تحمل

---

(١) في جـ: نفي.
(٢) سقط في د.
(٣) سقد في جـ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.

[عليها][(١)] الأحمال، والفرش صغارها قال الله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلْأَنْعَٰمِ حَمُولَةً وَفَرْشًا﴾ [الأنعام: ١٤٢]، ولا يحتاج في العقد على الحمولة إلى معرفة الحمولة إلا أن يكون المحمول زجاجًا ونحوه، أو يكون في الطريق مطرٌ أو طين فيحتاج إلى وصف الحمولة في كل حال.

قال: فإن كان على منفعة عين لم يجز إلا على عين [يمكن استيفاء المنفعة منها. . .؛ لأن المنفعة هنا كالعين في البيع، وصحة البيع تتعين له عينًا مقدورًا عليها فكذا الإجارة، ومن هذه القاعدة يؤخذ منع الاستئجار][(٢)] في مسائل بعضها مذكور في الكتاب، وبعضها مصرح به في غيره فمنها استئجار منكوحة الغير للرضاع وغيره لا يجوز بغير[(٣)] إذنه؛ لأن أوقاتها مستغرقة لحق الزوج؛ فلا تقدر على توفية ما التزمته ويصح بإذنه، ومنهم من صححه بغير إذنه أيضًا، وهو المختار في المرشد؛ لأن محل الاستئجار غير محل النكاح ولا حق له في كسبها وخدمتها وعلى هذا، فللزوج فسخه كي لا يحيل حقه، نعم لو أجرت نفسها ولاحق[(٤)] لها ثم نكحت في المدة لم يكن له فسخها كما لو وقع ذلك بإذنه، فلو كان جاهلاً بالحال ففي الحاوي في كتاب النفقات: أن له الخيار لفوات الاستمتاع عليه بالنهار ولا يسقط خياره برضاء المستأجر بالاستمتاع.

وحيث لا يثبت الخيار فللزوج أن يستمتع بها في أوقات فراغها ولو كانت الإجارة للرضاع فهل لولي الطفل منع الزوج من وطئها ؟ فيه وجهان:

وجه المنع خشية حبلها فينقطع اللبن، أو يقل فيضر بالطفل.

ووجه الجواز-: وهو الذي أجاب به العراقيون - أن الحمل موهوم فلا يمنع به المستحق.

وفي التهذيب: أن الإصابة إن كانت تضر باللبن منع. وإذا منع الزوج فلا نفقة لها عليه.

ولو أجر السيد الأمة المزوجة جاز، ولم يكن للزوج منعها من المستأجر؛ لأن يده يد السيد وحكم استئجار الزوج زوجته للرضاع وخدمة البيت مثل: الكنس، والطبخ، والغسل ونحوها مذكور في كتاب النفقات من هذا الكتاب، وربما بعض ما ذكرناه هنا مذكور فيه أيضًا.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: بدون.
(٤) في د: يزوج.

قال: وإن[(١)] **استأجر أرضًا للزراعة لم يجز حتى يكون لها ماء يؤمن انقطاعه، كماء النهر والمد بالبصرة والثلج والمطر في الجبل**؛ ليثق بحصول المعقود عليه.

قال: **وإن كان بمصر لم يجز حتى يروي[(٢)] الأرض بالزيادة** .. أي: إذا لم يكن لها شرب إلا من ماء النيل؛ لأن نيل مصر خوان لا يوثق بحصوله، بخلاف ما يروى من الأراضي بمد البصرة، فإنها يجوز إجارتها للزرع قبل ريها بالمد باتفاق الأصحاب كما حكاه الإمام؛ لأنه أثبت من كل ما عد، وكذا إجارة الجبل للزراعة قبل أوان المطر ووقوع الثلج الذي يكفي الأرض نداوته؛ لأن ذلك معلوم الوقوع والقليل منه يكفي كالكثير.

ثم الظاهر أن ما أطلقه الشيخ في أرض مصر محمول على ما إذا كانت لا تروى بما يزيد من الماء في الغالب، كخمسة عشر ذراعًا فما دونها، أو كانت تروى من ذلك لكنه لا يتهيأ الاشتغال بعمارة الأرض بالزرع قبل حصول الماء عليها، كما صرح به ابن الصباغ والمتولي وأبو الطيب، أما إذا كانت الزراعة ممكنة قبل حدوث الزيادة وكانت الأرض تروى من الزيادة المعتادة التي لا تنقطع إلا نادرًا فالعقد صحيح كما صرحوا به أيضًا.

وعن القفال: ما يقتضي المنع في هذه الحالة أيضًا، فإنه صار إلى أن الأرض التي يكفيها المطر المعتاد والنداوة التي تصيبها من الثلج المعتاد في الجبل لا يجوز إجارتها للزراعة قبل حدوث ذلك متمسكًا بظاهر قول الشافعي في المختصر: وإن تكارَ الأرض التي لا ماء لها وإنما تسقى بنَطْفٍ[(٣)] من السماء أو بسيلٍ إن [جاء - فلا][(٤)] يصح.

ووجهه بأن السقي معجوز عنه في الحال والماء المتوقع لا يعرف حصوله، وبتقدير حصوله لا يعرف أنه هل يحصل في الوقت الذي يمكن الزراعة فيه أم لا؟ وهذا غرر ومقتضى هذا التعليل: أن يقول بطرد مذهبه في مسألتنا.

[وقد][(٥)] وافقه الماوردي فيما صار إليه فإنه شرط أن يكون الماء موجودًا حالة الاستئجار إلا في مد البصرة، والجمهور على الأول، وبه قال القاضي الحسين موجهًا ذلك: بأن توهم الانقطاع عند الحاجة لو منع صحة العقد لامتنع

---

(١) في التنبيه: فإن.
(٢) في التنبيه: تروى.
(٣) في جـ: بمطر.
(٤) في د: حائلًا.
(٥) سقط في د.

فيما إذا كان لها شرب من نهر أو عين أو بئر؛ لأنه ما من ماء إلا ويتوهم انقطاعه وأما النص فمحمول على ما إذا لم يكن في ذلك عرف جار وإنما يتفق ذلك نادرًا، وقد اتفقوا على المنع في هذه الحالة.

ويؤيد ذلك أن النطف - بإسكان الطاء - القليل الذي يقطر، ومنه سمى المنى: نطفة، لأنها تقطر .

وقد أغرب في البحر حيث قال: حكى في أرض[(١)] البصرة وجها: أنه لا تجوز إجارتها إلا على شرط أنه لا ماء لها.

فإن قيل: ظاهر كلام الشيخ يقتضي جواز الإجارة عند ري الأرض بمصر، وإن لم ينحسر الماء عنها، كما هو ظاهر نص الشافعي، وذلك يمنع من الزرع، فينبغي ألا يصح قبل انحساره؛ لعدم إمكان اتصال الشروع في الاستيفاء بالعقد.

قلت: لأجل هذا منع بعض أصحابنا العراقيين فيما إذا كان الاستئجار لزراعة ما لا يمكن زرعه [مع][(٢)] قيام الماء، كما حكاه الإمام، وحمل النص كما حكاه الشيخ أبو حامد على ما إذا كان المستأجر له زراعة الأرز؛ فإنها تمكن مع الماء.

والصحيح عند القاضي الحسين وبه جزم القاضي أبو الطيب: أنه لا فرق بين الأرز وغيره، والنص جار على عمومه؛ لأن الماء إذا كان على الأرض فهو من مصلحتها؛ لأنه يخرق[(٣)] العروق التي فيها فكان بمنزلة العمارة.

وأيضًا فإن الأرض التي لها شرب يصح إكراؤها للزراعة في غير يوم شربها على انتظاره؛ فينعقد العقد على استحقاق المنفعة، ثم يستوفيها على حسب العادة، فكذلك هاهنا [كذا قاله القاضي الحسين][(٤)] .

فإن قيل: ظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا فرق بعد حصول الرى في جواز الإجارة بين الأرض التي يعلم انحسار الماء عنها وقت الحاجة بأن يكون لها مقطع ينصب إليه الماء أو لا.

والجواز ظاهر في[(٥)] الحالة الأولى دون الثانية؛ فإنه [لا تتحقق][(٦)] القدرة على الانتفاع[(٧)] عند الحاجة؛ فينبغي أن يمنع في هذه الحالة.

قلت: قد صار إلى هذا بعض المتقدمين، كما حكاه ابن أبي هريرة وجهًا،

---

(١) في جـ: أراضي.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: يجرف.
(٤) سقط في جـ.
(٥) زاد في جـ: هذه.
(٦) في جـ: يجوز تحقق.
(٧) في د: الانقطاع.

إلحاقا لذلك بحالة العلم بعدم انحساره، وهو موافق مذهب القفال فيما إذا كان الماء معدومًا في الحال وغلب وجوده عند الحاجة، وظاهر النص هاهنا وبه قال أبو إسحاق، وجزم الإمام: الجواز؛ اعتمادًا على ما استقر من العرف فيها، ولا يخفى أن محل الجواز عند رؤية الأرض إما قبل الري أو بعده؛ لكون الماء [صافيا، أما إذا لم يرها لكون الماء](١) كدرًا خرج على القولين في بيع الغائب، وكلام القاضي الحسين يقتضي الجواز على الجديد، فإنه قال: الماء وإن كان كدرًا فهو من مصلحة الأرض، وامتناع الرؤية بما هو من مصلحة الشيء لا يكون مانعًا من الصحة، كحشو الجبة لما كان مستقرًّا بما فيه مصلحة لم يمتنع العقد عليه، وهو ما جعله الرافعي الأصح، وإن ثبت الخلاف وضعفه الإمام، وجزم القاضي أبو الطيب والماوردي بخلافه.

واعلم أن الأرض التي لها شرب معلوم إذا أوجرت للزراعة، وصرح بإدخال الشرب فيها، صح ويتبعها الشرب، وإن نفى الشرب عنها صح أيضًا؛ لتيسر سقيها من ماء آخر، وإن أطلق دخل الشرب في الإجارة إذا اطردت العادة بإجارة الأرض بشربها، بخلاف ما إذا باعها لا يدخل [حق](٢) الشرب فيه؛ لأن المنفعة في الإجارة لا تحصل دونه، ولو اضطربت العادة في تبعية الشرب فثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه لا يجعل الشرب تابعًا.

والثاني: يتبع؛ لأن الإجارة مفتقرة إليه.

والثالث: أن العقد يبطل من أصله؛ لأن تعارض المعنيين موجب جهالة المعقود عليه.

فرع: لو استأجر أرضًا مطلقًا نظر، إن قال: أكريتك هذه الأرض البيضاء ولا ماء لها لتنتفع بها كيف شئت خلا البناء والغراس - جاز، كما نص عليه الشافعي - وله أن يزرع فيها بماء يسوقه إلى الأرض، أو بماء يحصل من المطر نادرًا أو ثلج و[إن](٣) لم يقل عند الإجارة إنها لا ماء لها، فإن كانت الأرض رخوة؛ بحيث يمكن حفر بئر فيها، أو شق نهر إليها - لم يصح العقد؛ لأن الغالب في مثلها الزراعة؛ فكان كذكرها.

وإن كانت صلبة بحيث لا يمكن ذلك ففي صحة الإجارة وجهان:

---

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في د. (٣) سقط في د.

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق، وهو ظاهر النص الصحة؛ لأن استحالة ذلك ينزل[(١)] منزلة شرطه.

تنبيه: «المد» بفتح الميم وتشديد الدال، وأصله: السيل.

«والبصرة» بفتح الباء وكسرها وضمها ثلاث لغات حكاهن الأزهري، والمشهور بالفتح.

ويقال لها: البصيرة بضم الباء وفتح الصاد على التصغير.

ويقال لها: تدمر، والمؤتفكة، وقبة الإسلام، وخزانة العز بناها عتبة بن غزوان في زمن عمر سنة سبع عشرة، وسكنها الناس [سنة][(٢)] ثمان عشرة، ولم يعرف صنم قط في أرضها، وهي داخلة في حد سواد العراق، وليس لها حكمه؛ لأنها حدثت بعد فتحه ووقفه.

قال: **ولا يجوز إلا على [منفعة][(٣)] عين معروفة** لاختلاف المنفعة باختلافها، فلو قال: أجرتك[(٤)] عبدي أو داري[(٥)] أو دابة لتركبها إلى موضع كذا لم يصح؛ لما ذكرناه ثم العرف[(٦)] تارة يكون بالرؤية مثل أن يقول: أجرتك هذا شهرًا أو لتحمل عليه كذا من هنا إلى موضع كذا ونحو ذلك، ولا يحتاج مع ذلك إلى ذكر شيء آخر وتارة يكون بالوصف فيحتاج أن يذكر ما يختلف الغرض به كما ذكرنا في السلم، وفي هذه الحالة يكون المعقود عليه منفعة في الذمة متصفة[(٧)] بالصفات المذكورة إذا وقع معها العقد على العين لكان إجارة غائب وسنذكره.

قال: **فإن لم يعرف إلا بالرؤية كالعقار لم يجز**[(٨)] **حتى يرى** لتعيينه طريقًا لنفي الغرور، وعلى هذا يحتاج إلى تحديده بالجهات كما يفعل في البيع صرح به أبو الطيب ويحتاج أن ينظر من العين كل ما يختلف الغرض به، والحمام ينظر إلى بيوتها، والبئر التي يستقى [منها][(٩)] ماؤها وموضع الوقود ومبسط القماش وملقى الوقود من الزبل ونحوه وملقى الرماد ومستنقع الماء الوسخ والقدر الذي يسخن فيه الماء.

قال في الشامل: ويكفي فيها[(١٠)] مشاهدة داخلها من الحمام أو ظاهرها من الأتون.

---

(١) في د: يتنزل.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) في جـ: زيادة إحدى.
(٥) في جـ: دورى.
(٦) في د: المعرف.
(٧) في د: فنصفه.
(٨) في د: يخرج.
(٩) سقط في د.
(١٠) في جـ: منها.

قال الرافعي: والقياس أن يعتبر مشاهدة الوجهين عند الإمكان كما يعتبر مشاهدة وجهي الثوب، وهذا كله تفريع على منع بيع الغائب.

أما إذا قلنا بجوازه جاز هنا أيضًا، ووجه كون العقار لا يمكن معرفته إلا بالرؤية: أن المعرفة بالوصف كما ذكرنا منتفية؛ إذ لا يتصور ثبوت عقار في الذمة؛ لأن موضعه مقصود يختلف الغرض به، فلو ذكر لانحصر المعقود عليه فيه، وذلك مخالف وضع ما في الذمة، وإذا لم يمكن التعريف بالوصف تعين له الرؤية إذ لا ثالث لهما، وقد ألحق البندنيجي بالعقار ما لم يكن حيوانًا كالثياب، والخشب، والأواني، والفرش.

قال: **ولا يجوز إلا على منفعة معلومة القدر**... كما لا يصح البيع إلا على معلوم القدر، لكن العلم في البيع يكتفى فيه بالحدس، ولا يحتاج إلى ذكر شيء يتقدر به المبيع، وهنا الحدس والتخمين لا سبيل إليه فتعين ما سنذكره.

قال: **فإن كان مما لا يتقدر إلا بالعمل** أي: وإن ورد العقد فيه على الذمة **كالحج والركوب** [من مكان][(١)] **إلى مكان قدّر به** لتعينه طريقًا للمعرفة، فلو قال: استأجرت منك هذا البعير لأركبه مسافة شهر إلى مكة لم يجز؛ لأن ما يقدر العمل فيه لم يجز اشتراط المدة فيه.

وقال بعض أصحابنا: يجوز لما فيه من زيادة التأكيد.

وقال أبو الفياض: إن كان [العمل][(٢)] ممكنا في مدة الإجارة جاز وإلا فلا يجوز.

قال في البحر: والأول أصح.

قال البندنيجي: ومما لا يتقدر إلا بالعمل دون المدة - المنفعة الموصوفة في الذمة.

وفي الحاوي: أن المضمون في الذمة يجوز تقدير الركوب [فيه][(٣)] بالمدة والمسافة كالمعين ولو استأجر للركوب شهرًا صح لكن بشرطين:

أحدهما: أن يذكر الناحية التي يركب إليها.

والثاني: المكان الذي يسلمها فيه؛ لأنه قد يركبها شهرًا مسافرًا إلى بلد مسافته شهرًا ويكون تسلمه [في ذلك البلد وقد يركبها ذاهبًا وعائدًا مدة شهر فيكون تسليمها][(٤)] في بلده، وإذا كان ذلك مختلفًا مع إطلاق الشهر لم يكن بد من

(١) سقط في التنبيه. (٢) سقط في جـ. (٣) سقط في جـ. (٤) سقط في د.

موضع التسليم فإذا أغفل شيئًا من ذلك بطل العقد قاله الماوردي.

قال: وإن كان مما لا يتقدر إلا بالزمان كالسكنى والرضاع والتطيين قدر به [لتعينه][(١)] طريقًا للمعرفة فإن الرضاع يعسر ضبطه بالفعل وكذا تطيين السطوح وتجصيص الحيطان؛ لأنه يكون في موضع دقيق، وفي موضع كثيف ويلتحق بهذا القسم رعي الدواب، وكذا إدارة الدولاب كما ذكره الماوردي؛ لأنه لو قدر بالعمل كسقي عشرة أجربة مثلا فقد يروى بقليل الماء وقد لا يروى بكثيره [وقد لا يروى بعشرة][(٢)] فلا يصير بتقدير العمل معلومًا.

قال: وإن كان مما يتقدر بأحدهما[(٣)] كالخياطة والبناء قدر بأحدهما أي: مثل أن يقول: استأجرتك [لتخيط لي هذا الثوب أو][(٤)] لتخيط لي يومًا أو: استأجرتك لتبني [لي][(٥)] في هذا الحائط أو لتبني لي يومًا ويعين ابتداءه في الصورتين وتوجيه ذلك: أن به يحصل الضبط.

فلو قدر بهما بأن قال: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم أوله الآن لم يصح؛ لأنه إن فرغ منه في بعض اليوم فطالبه بالعمل في بقيته أخل بشرط العمل فإن ترك أخل بشرط المدة، وقيل: يصح، ولكن ما الذي يستحق به الأجرة؟

فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: العمل فإن تم في بعض[(٦)] المدة لم يعمل في باقيها وإن انقضت قبل تمامه وجب إكماله.

والثاني: وهو ما حكاه في التهذيب وصححه الرافعي: أسرعهما انقضاء.

والثالث: عن القفال إن انقضى اليوم أولاً لم يلزمه خياطة الباقي[(٧)]، وإن تم العمل أولاً فللمستأجر أن يأتي بمثل هذا[(٨)] القميص ليخيط فيه بقية اليوم.

ولو قال في هذه الإجارة: على إنك إن فرغت قبل تمام اليوم لم تخط غيره بطل؛ لأن زمان العمل يصير مجهولاً، وفي البحر حكاية عن البويطي: أن الأجل المضروب مع العمل إن كان مما يمكن العمل فيه كان ذكره أفضل.

وقال: إنه صحيح عندي، وهذا وجه رابع، ويلتحق بهذا القسم صور:

---

(١) سقط في التنبيه.
(٢) سقط في د.
(٣) في التنبيه: بهما.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: قبل.
(٧) في د: الثاني.
(٨) في د: ذلك.

منها الاستئجار على حراثة الأرض: لجواز التقدير فيه بالزمان بأن يقول: استأجرتك لتحرث لي هذه الأرض كذا يومًا من الآن.

ويجوز بالعمل بأن يقول: لحراثة هذه [الأرض][١] ويجب بيان ما يحرث به وبيان ناحية الأرض التي يحرثها إن لم تكن مشاهدة.

ومنها: الاستئجار لدراس الزرع من البر والشعير وغيرهما تقدر المنفعة فيه بالفعل بأن يقول: استأجرتك على دراس هذا بعد رؤيته، وبالزمان بأن يقول: استأجرتك على دراس هذا الزرع شهرًا من الآن ويحتاج في هذه الحالة إلى بيان ما يداس به من البهائم مع ذكر العدد ولا يجوز التقدير بالباقات والحزم؛ لاختلاف ذلك بالصغر والكبر.

ومنها: الاستئجار على تعليم القرآن يجوز أن تقدر المنفعة فيه بالعمل بأن يقول: استأجرتك على تعليم سورة كذا أو آيات معينة.

وأن [يقدر بالمدة بأن][٢] يقول: استأجرتك على تعليم القرآن شهرًا أو يومًا كما حكاه الإمام والغزالي.

قال الرافعي: وفي إيراد غيرهما ما يفهم عدم الاكتفاء بذكر المدة.

فرع: قال القاضي أبو الطيب إذا استأجره ليحصل له خياطة خمسة أيام لم تصح؛ لأن العمل يختلف بخفة صنعة العامل وثقلها، ومثل هذا إذا استأجر منه بهيمة في الذمة ليركبها خمسة أيام لم يجز للعلة التي ذكرناها .

وفي ابن يونس: أنه يصح استئجار دابة موصوفة في الذمة.

فرع: لو قال: استأجرتك هذا اليوم بعينه لتبيع لي كذا وكذا شيئًا[٣] بعينه[٤].

قال ابن القطان[٥] في «التهذيب»: يحتمل أن يجوز؛ لأن الأغلب إمكانه فإن تعذر البيع فيه كان له الأجرة المسماة؛ لأنه شغله عن منافع نفسه، ويحتمل أن يقال: لا أجرة له؛ لأن العمل لم يحصل.

وقال القاضي الطبري: هذا يصح - على ما نص عليه في البويطي - أن العمل إن كان معلومًا جاز تقديره بمدة، وكان أفضل من السكوت قاله في البحر.

قال: ويجوز أن يعقد إلى مدة تبقى فيها العين في أصح القولين ولا يجوز

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: أشياء.
(٤) في جـ: بأعيانها.
(٥) في د: بن القفال.

أكثر من سنة في الآخر وقيل: فيه قول ثالث: إلى ثلاثين سنة، قد بينا توجيه ذلك في باب المساقاة.

وحكى الرافعي عن بعضهم: أنه جوز الإجارة إلى مدة لا تبقى فيها العين في الغالب اعتمادًا على أن الأصل الدوام والاستمرار، وهو ما جعله في البسيط الأظهر، وجعل المتفق على المنع فيه إجارة مدة يعلم أن العين لا تبقى إليها.

ثم إذا وقع العقد على مثل ذلك، قال في البحر: بطل فيما لا يسوغ العقد عليه، وفي الباقي قول تفريق الصفقة، واعلم أنه يتفرع على القول الصحيح فرعان:

أحدهما: أن المرجع في المدة التي تبقى فيها[1] العين إلى أهل الخبرة.

وفي التهذيب: أن العبد يؤجر ثلاثين سنة والدابة عشر سنين، والثوب [سنة وسنتين][2] والأرض مائة سنة وأكثر.

وحكى الرافعي أن في كتاب ابن كج: أن العبد يؤجر إلى مائة وعشرين سنة من عمره.

وفي رفع التمويه: أن الشيخ أبا حامد قال: [إن][3] العبد يؤجر ستين سنة والدابة من خمس عشرة سنة إلى عشرين [سنة][4]، والدار من مائة [سنة][5] إلى مائة وخمسين [سنة][6]، والأرض خمسمائة سنة، وأكثر ما يصح أن يبيع بثمن مؤجل إلى هذا القدر.

وفي الحاوي أن أكثر مدة يصح استئجار الأرض فيها للزراعة ما لا يزيد على بقاء الشيء المؤجر[7] فيها.

وأقل مدة يصح استئجار الأرض [فيها][8] للزراعة: مدة الزراعة.

وأقل مدة يصح استئجار الدار للسكنى فيها يوم واحد وأقل من ذلك تافه[9] لم يجر به عرف فلم يصح به عقد.

الثاني: إذا أجر سنتين مثلاً هل يجب بيان كل قسط كل سنة من الأجرة؟

فيه قولان:

---

(١) في د: إليها.
(٢) في د: سنة سنتين أو سنة.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: المؤاجر.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ: فإنه.

أحدهما: لا كما لا يحتاج إلى ذلك في الشهور إذا أجر سنة واحدة، وكما لو كانت الأجرة في مقابلة عمل في أعيان فإنه لا يجب فيها التقسيط وفاقًا في المذهب كما قاله مجلي وهذا ما صححه الروياني وقال: إن الفتوى عليه.

وحكى الرافعي عن ابن كج طريقة قاطعة به.

والثاني: نعم، وهو ما نص عليه في كتاب المزارعة كما حكاه المحاملي واختاره تبعًا للشيخ أبي حامد، ووجهُهُ: تردد ذلك بين السلامة والعطب، وأجور السنين[(١)] تختلف غالبًا فيتعذر معرفة القسط بخلاف الشهور، فإنها [تتماثل غالبا][(٢)]، وقد بنى الماوردي القولين على القولين فيما إذا أسلم في جنس إلى أجلين ففي قول يجوز أخذًا بظاهر السلامة.

وفي قول لا لما عساه يقع [من الجهالة][(٣)] في الأجرة.

وقال في البسيط: إنه مبني على أن الأجرة جزافاً هل تجوز أم لا؟

قال: **وإن قال: أجرتك كل شهر بدرهم بطل**؛ لأنه عقد على الشهور وهي غير معلومة .

وقيل: يصح في الشهر الأول؛ لأنه معلوم وأجرته معلومة فوجب أن يصح كما لو أفرده، وهذا ما نص عليه في الإملاء وبه قال الإصطخري وكذا[(٤)] ابن سريج [على ما حكاه القاضي الحسين والإمام الغزالي، وأنكر الرافعي أن يكون ابن سريج][(٥)] قال به في هذه الحالة، وإنما قال به فيما إذا قال: أجرتك كل شهر من هذه السنة بدرهم.

والمذهب الأول في الصورتين؛ لأن المعلوم إذا أضيف للمجهول صار الجميع مجهولاً، ويخالف ما إذا قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فإنه يصح؛ لأن جملة الصبرة معلومة بالمشاهدة، والأشهر هنا غير معلومة الجملة، فنظير المسألة أن يقول: أجرتك هذه السنة كل شهر بدرهم، وهذا فيما إذا كان الاستئجار على غير الأذان، أما لو كان على الأذان فإن وقع من مال بيت المال جاز أن يقول: أستأجرتك لتؤذن في هذا المسجد في أوقات الصلاة كل شهر بكذا أو إن وقع لا بمال بيت المال ففي اشتراط [بيان][(٦)] المدة وجهان:

---

(١) في د: السنتين.
(٢) في د: تتماثل في الغالب.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: كذلك.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ج.

قال: ولا يجوز إلا على منفعة معلومة الصفة كما لا يجوز البيع إلا في مُعَوَّض[١] معلوم الصفة لاختلاف الأغراض بها.

قال: فإن[٢] **كان معلومًا بالعرف كالسكنى واللبس حمل العقد عليه**، أي: على العرف؛ للاستغناء به عن الذكر كما استُغْنِيَ به في البيع بالثمن المطلق في موضع فيه نقد متعارف [عن ذكره][٣] ثم كلام الشيخ يحتمل أمرين:

أحدهما: أن يستأجر الدار للسكنى والثوب للبس ولا يبين السكنى ولا اللبس، [والثاني: أن يستأجر دارًا وثوبًا، ويطلق فيحمل الإطلاق على السكنى واللبس][٤] لاقتضاء العرف أن الدور لا تستأجر إلا للسكنى والثياب إلا للبس، وكلاهما مصرح به في المهذب.

وفي الرافعي - حكاية عن بعض شارحي المفتاح-: أنه لا يكفي الإطلاق في تعيين السكنى بل لا بد [من][٥] أن يذكر السكن.

وحكى في موضع آخر عن شارحي المفتاح: أنه لا بد من ذكر عدد السكان من الرجال والنساء والصبيان. ثم لا يمتنع[٦] من دخول زائر وضيف وإن بات فيها ليالي.

فرع: الاستئجار للخدمة، [شهرًا][٧] مثلاً، هل يكفي فيه الإطلاق أم لا بد من تفصيل أنواعها؟

الذي حكاه في البحر والرافعي [عن الشافعي: الثاني.

وقيل: إن الإطلاق يكفي وهو الظاهر في الرافعي][٨]، والمذكور في الشامل في كتاب الكتابة ويلزم الأخير ما جرت به العادة من غسل الثوب والخياطة، والخبز، وتعليف[٩] الدواب، وحمل الماء للشرب، والطهارة، وخدمة الزوجة، وحلب المواشي، وأضاف بعضهم إلى ذلك العجن وإيقاد النار في التنور وفرش الدار.

وقيل: علف[١٠] الدواب، وحلبها وخدمة الزوجة لا يدخل إلا بالشرط.

قال في البحر: وهو اختيار شيوخ نيسابور، ونسب الرافعي ذلك إلى سهل الصعلوكي.

---

(١) في جـ: معرض.
(٢) في التنبيه: وإن.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: لا يتسع.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ: وعلف.
(١٠) في د: معتلف.

وقال: ينبغي أن يكون الحكم كذلك في خياطة الثوب، وحمل الماء إلى الدار [ويجوز][(١)] أن يختلف الحكم فيه بالعادة، وعلى كل حال فليس للمستأجر إخراج الأجير عن تلك البلدة إلا أن يشترط له مسافة معلومة من كل جانب من فرسخ إلى خمسة عشر كذا قال[(٢)] القاضي الحسين .

وقال: إن عليه المكث عنده من أول النهار إلى العشاء[(٣)] وقد نسب الرافعي ذلك إلى بعض من شرح المفتاح.

قال: وإن لم يكن معلومًا[(٤)] **بالعرف**؛ أي كالاستئجار على حمل مائة رطل مثلاً من موضع كذا إلى موضع كذا، والاستئجار على بناء حائط طوله كذا وسمكه كذا وارتفاعه كذا.

قال: وصفة كحمل الحديد، والقطن، والبناء بالجص والآجر، والطين، واللبن؛ ليعرف فإن الأغراض تختلف بذلك.

وفي تعليق القاضي الحسين: الجزم بأنه إذا قال: أكريت منك هذه الدابة لأحمل عليها مائة منًّا[(٥)] جاز، وكأن المكرى رضي بأعظم الأمتعة ضررًا بالدابة، وهو ما حكاه الإمام وادعى إجماع الأصحاب عليه وعزاه في «الرقم» إلى حذاق المراوزة .

وحكى في التهذيب فيما إذا قال: أكريتك هذه الدابة لتحمل عليها مائة من[(٦)] مما تشاء وجهين، وكذلك هما في البحر وصحح الروياني وفي الرافعي وجه الجواز، ثم قال: وهذا في التقدير بالوزن، أما إذا قدر بالكيل، فالمفهوم ما أورده السرخسي: أنه لا يغني عن ذكر الجنس، ولو وقع العقد على حمل شيء قد شوهد صح. وإن لم يعلم كيله ووزنه كما لو شاهد الصبرة المبيعة.

وفي الحاوي حكاية قول آخر: إن الإجارة لا تصح حتى تكون الحمولة معلومة القدر، وأنه مخرج من أن دفع الدراهم جزافًا في السلم هل يجوز أم لا؟ لأن عقد الإجارة والسلم جميعًا غير منبرم بخلاف البيع.

واعلم أن من هذا النوع صورًا لا غنى عن ذكرها:

منها: الاستئجار للحج والعمرة لا يكفي إطلاقه بل لا بد من بيان أنه إفراد، أو تمتع أو قران، ولا يحتاج في الاستئجار للحج وحده إلى بيان أفعاله إن كانا

---

(١) سقط في جـ: وفي د: ونحوه.
(٢) في د: قاله.
(٣) زيادة في د: الأخرة.
(٤) في د: معروفًا.
(٥) في جـ: رطل.
(٦) في جـ: رطل.

[يعلمانها وإن][1] لم يعلمها أحدهما وجب البيان، وهل يحتاج إلى تعيين الميقات الذي يحرم منه؟ فيه طريقان:

أظهرهما وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق: إن المسألة على قولين:

أحدهما: وهو ظاهر نصه في المختصر: أنه يشترط لاختلاف المواقيت قربًا وبعدًا.

والثاني [لا][2]: وهو ظاهر نصه في الإملاء وغيره، ويتعين ميقات تلك البلدة على العادة الغالبة، وبه أجاب المحاملي في المقنع، وذكر ابن عبدان أنه الصحيح.

والطريق الثاني: تنزيل النصين على حالين، والقائلون به اختلفوا فمنهم من حمل النص الأول على ما إذا كان للبلد طريقان مختلفا الميقات أو كانت تفضي طريق إلى ميقاتين؛ كالعقيق، وذات عرق، وحمل الثاني على ما إذا كان لها طريق واحد إلى ميقات واحد ومنهم من حمل الأول على مع إذا كان المستأجر حيًّا والثاني على ما إذا كان الاستئجار لميت، والفرق: أن الحي له غرض واختيار والميت لا اختيار له، والقصد براءة ذمته، وتحكى هذه الطريقة عن ابن خيران ثم إذا اشترطنا تعيين الميقات فأهمل فسدت الإجارة ووقع الحج عن المستأجر لوجود الإذن وللأجير أجرة المثل.

ومنها: الاستئجار لتعليم القرآن إذا لم يقيد[3] بمدة فيحتاج فيه إلى بيان السور والآيات؛ لتفاوتها في الحفظ والتعليم سهولة وصعوبة.

وفيه وجه: أنه لا يجب تعيين السور، وإذا عين عشر آيات كفى.

وفي المهذب: وجه أنه لا بد من تعيين السورة لكن يكفي إطلاق العشر منها.

فحصل في اشتراط تعيين الآيات ثلاثة أوجه.

الثالث: الفرق بين أن يعين السورة فيتسامح بإطلاق الآيات بها أو لا يعين فيمتنع، وفي اشتراط تعيين الرواية التي يقرأ بها وجهان:

أصحهما: أنه لا يشترط؛ لأن الأمر فيها قريب.

وفي الحلية: الأظهر مقابله.

---

(١) في د: يعلما فإن. (٢) سقط في جـ. (٣) في د: يتقيد.

قال الإمام: وكنت أود ألا يصح الاستئجار لتعليم [القرآن][(١)] حتى يختبر حفظ الصبي؛ كما لا يصح إجارة الدابة حتى يعرف حال الراكب، لكن ظاهر كلام الأصحاب: أنه لا يشترط.

ومنها: استئجار الأرض إذا كانت تصلح لمنافع كإيواء الدواب فيها، وخزن الأمتعة، والزراعة، والبناء، والغرس فلا بد فيها من بيان أحد الأنواع أو كلها؛ ذلك مختلفة اختلافا تختلف الأغراض به[(٢)].

قال الرافعي: وقد نقلنا في مسألة[(٣)] الأرض التي لا ماء لها تصريح الأصحاب بجواز الإجارة مطلقًا فيشبه أن تكون إجارتها مطلقًا على وجهين كإعارتها، والظاهر المنع فيهما.

ويقوم مقام تعيين الأنواع كلها قوله: أجرتك لتنتفع كيف شئت، كما صرح به الإمام، ويكون له أن يصنع ما شاء لرضاه.

وفي التهذيب وجه: أنه لا يصح كما لو قال: بعتك من هؤلاء العبيد من شئت، وإذا عين الزراعة، ولم يذكر ما يزرع أو البناء، ولم يذكر ما يبني وأطلق؛ [ففيه وجهان][(٤)] كالوجهين المذكورين فيما إذا أعار الأرض للزراعة ولم يبين المزروع، وأظهرهما عند الأكثرين كما حكاه الماوردي، وأبو الطيب هنا، وبه أجاب العراقيون في مسألة العارية-: الصحة وله أن يزرع ما يشاء.

قال الرافعي[(٥)]، ويجوز أن ينزل على أقل الدرجات، ونقل ابن كج وجه المنع عن النص في الجامع الكبير، وبه قال ابن سريج، وحكى الأول عن تخريج ابن القطان حكاية الشيء الغريب.

ولو قال: أجرتك لتزرع ما شئت صحت الإجارة وزرع ما شاء، نص عليه. وعن رواية ابن القطان وجه أنها فاسدة.

ولو قال: أجرتك لتزرع أو تغرس لم يصح.

ولو قال: إن شئت فازرع، وإن شئت فاغرس، فأصح الوجهين عند الغزالي، وبه جزم الماوردي الصحة ويتخير المستأجر ولو قال: أكريتكها[(٦)] فازرعها

---

(١) سقط في د.

(٢) في جـ: لأن ذلك يختلف منافعه اختلافًا تختلف به الأغراض غالبًا.

(٣) زاد في د: إجارة.

(٤) في د: فوجهان.

(٥) في د زيادة وكما.

(٦) في د: أكريتها.

واغرسها، أو لتزرعها وتغرسها ولم يبين القدر فوجهان:

أحدهما-: وبه قال أبو الطيب بن سلمة، وابن أبي هريرة وهو ظاهر كلام الشافعي كما قاله في المهذب وغيره - أنه يصح وينزل على النصف، وله أن يزرع الكل لجواز العدول من الغرس إلى الزرع، ولا يجوز العكس، وأقربهما: أنه لا يصح، وهو ظاهر نصه في الأم كما قاله في البحر، وبه قال: المزني، وابن سريج، وأبو إسحاق لأنه لم يبين كم يزرع وكم يغرس، بل لو قال: ازرع النصف واغرس النصف، فعن القفال كما حكاه في التهذيب وغيره: أنه لا يصح لأنه لم يبين المغروس والمزروع فصار؛ كما لو قال: بعتك أحد هذين بألف والآخر بخمسمائة.

وإذا عين في الإجارة البناء وجب بيان موضعه، وطوله، وعرضه، وفي بيان قدر ارتفاعه وقدره وجهان:

أظهرهما: أنه لا حاجة إليه بخلاف ما لو استأجر سقفًا للبناء [عليه][(١)] فإنه يجب بيان الارتفاع والقدر جزمًا لاختلاف الغرض.

قال: [وإن كان مما لا][(٢)] **يعرف بالوصف لكثرة التفاوت، كالمحمل والراكب والصبي في الرضاع لم يجز حتى يرى...** لتعين الرؤية طريقًا للعلم في ذلك؛ لأن العرف يختلف بسعة المحمل وضيقه، وبثقل الراكب وخفته بالضخامة والنحافة وكثرة الحركات والسكنات، وبزهادة الولد ورغبته، وصحته وسقمه[(٣)] والوصف لا يفي[(٤)] بذلك، ولا يحتاج مع الرؤية إلى شيء آخر، وقياس ما ذكرته عن الماوردي في القول المخرج في مسألة الحمولة أن العلم بالقدر معتبر أن يجيء مثله في مسألة المحمل، ووراء ما ذكره [الشيخ][(٥)] في المسألة[(٦)] الأولى وجهان:

أحدهما: عن أبي إسحاق كما حكاه الجمهور: أن المحمل إن كان بغداديًّا خفيفًا كفى فيه الوصف؛ لتفاوت محاملها، وإن كان خراسانيًّا ثقيلاً فلا بد من مشاهدته، وقد اختار هذا القفال كما حكاه في البحر.

وحكى القاضي الحسين عن أبي إسحاق أنه إن كان في البلد محامل خفاف، وهي معروفة الصنعة؛ كالبغدادية، صح الإطلاق فيه ولا تجب الرؤية والوصف؛ لأنها لا تتفاوت.

---

(١) في د: زيادة كما.
(٢) في التنبيه: وإن لم.
(٣) في جـ: وسفهه.
(٤) في د: لينفي.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: الصورة.

والثاني: وبه قال ابن أبي هريرة، وهو الأشبه عند الرافعي والمذكور في الوسيط: إنه يكفي فيه الوصف وذكر الوزن؛ لإفادتهما التخمين، كالمشاهدة، فعلى هذا لو ذكر الوزن [دون الصفة أو الصفة دون الوزن][1] فوجهان:

أظهرهما: عدم الاكتفاء؛ لبقاء الجهل مع سهولة إزالته، والذي رجحه الماوردي من الخلاف في الأصل ما حكاه الشيخ وبه جزم أبو الطيب، وفي المسألة الثانية وجه: أن الوصف يكفي عند [illegible]ـبة، والوصف يكون بذكر الوزن كما حكاه في التهذيب، ونسبه في البحر إلى القفال وحكاه الإمام مع وجه آخر: أنه لا يشترط وزنه ويكفي ذكر صفته من الضخامة والنحافة، وهو ما ذكره الغزالي وفي المسألة الثالثة: وجه اقتصر الماوردي على ذكره: أنه لا بد مع الرؤية من معرفة سن الرضيع مشاهدة أو خبرًا؛ لاختلاف شربه باختلاف سنه، ويحتاج مع ذلك كله إلى بيان موضع الرضاع من بيت المرضعة، أو بيت الرضيع، لاختلاف الأجرة بذلك صرح به الشيخ في المهذب وغيره، وكلام الماوردي دال على عدم اعتباره حيث قال: وليس على المرضعة أن تأتي إلى الطفل [فترضعه بل على ولي الطفل][2] إذا أراد إرضاعه أن يحمله إليها ليرتضع، فلو كان التعيين شرطًا لاستغني عن هذا الكلام والروياني لما رأى ذلك في الحاوي نقله بعد حكايته أن التعيين شرط فكان كلامه ملبسًا.

تنبيه:[3] المحمل بفتح الميم الأولى وكسر الثانية كالمجلس كذا ضبطه الجوهري.

وقال غيره: بكسر الأولى وفتح الثانية وهو مركب يركب عليه على البعير.

واعلم أن ما ذكرناه في المحمل مفروض فيما إذا كانت المحامل تتفاوت تفاوتًا متفاحشًا، أما إذا كانت على قدر وتقطيع لا يتفاحش فيه التفاوت كفى الإطلاق، وحمل على معهودهم كذا قاله [الرافعي][4] وكلام القاضي الحسين يدل على خلافه فإنه قال بعد حكاية ما نقله عن أبي إسحاق كما حكيته من قبل: والنص أنه لا بد من الرؤية والوصف مع الوزن وهو المذهب؛ لأنها وإن خفت ولم يتفاحش التفاوت؛ فلا بد من نوع يتفاوت لا محالة وحكم العمارية فيما ذكرناه حكم المحمل.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: مسألة.
(٤) سقط في جـ.

ومحل الخلاف في الاكتفاء بالوصف فيما ذكرناه إذا لم يحصل به علم، أما إذا حصل كما إذا استقصى الأوصاف ففي البحر: أنه يقوم مقام المعاينة؛ لأن القصد من [الرؤية أن يصير معلومًا][(١)] وقد حصل العلم.

وأما السروج[(٢)] والإكاف والزاملة فلا شك في أن الرؤية فيها كافية.

وفي التهذيب: أن الزاملة تمتحن باليد ليعرف خفتها وثقلها بخلاف الراكب لا يمتحن مع المشاهدة.

قال الرافعي: وينبغي أن يكون المحمل والعمارية في ذلك كالزاملة[(٣)] كما قال القاضي الحسين: الثياب التي تجمع ويشد بعضها إلى بعض على الدابة ليركب فوقها من غير محمل، وأضاف في البحر إلى [ذلك في تفسيرها: أن يكون مع المتاع الزاد والماء، وعند الغيبة يكفي في][(٤)] ذلك الوصف، ويحتاج معه إلى الوزن على المشهور.

وفي النهاية: أن أحدًا من الأصحاب لم يتعرض لاشتراط الوزن في السرج والإكاف [؛ لأنه لا يكثر فيها التفاوت، وفي الوسيط: أنه لا يحتاج إلى وصف السرج والإكاف لتساويهما][(٥)]، وكل ذلك إذا وقع التعرض لذلك في الإجارة، وكان ذلك من مال الراكب.

أما لو استأجر للركوب من غير أن يشترط ما يركب عليه كان على المؤجر أن يركبه على ما جرت به العادة مما يليق بالدابة من سرج، أو إكاف، أو زاملة، ولا يشترط وصفه، وكذا إذا عين الراكب نوعًا يركب عليه ويكون من مال الآجر لا يحتاج إلى وصفه كما صرح [به][(٦)] الماوردي.

فرعان:

أحدهما: ما يفرش في المحمل ليجلس[(٧)] عليه، لا بد من معرفته ويكفي فيها الوصف، ومن أصحابنا من قال: يحتاج إلى مشاهدته حكاه في البحر، والغطاء الذي يستظل به ويتوقى به المطر قد يكون وقد لا يكون فيحتاج إلى شرطه، وإذا شرط فجواب الشيخ أبي حامد، وابن الصباغ: أنه يكفي الإطلاق؛ لأن التفاوت فيه قريب ويغطيه بجلد أو كساء أو لبد.

---

(١) في د: المشاهدة أن تصير معلومة.
(٢) في د: السرج.
(٣) زاد في جـ: والزاملة.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في د: ليفترش.

قال في البحر: وليس ذلك بشيء.

وفي الحاوي، وشرح ابن كج، والتتمة: أنه يتعين رؤيته أو وصفه كالوطء، وهو ظاهر النص، والذي صححه الروياني واعتبر الماوردي مع ذلك ذكر ارتفاعه وانخفاضه؛ لاختلاف ذلك على البعير والراكب، ولو كان في ذلك عرف مطرد لكفى الإطلاق كما سبق ذلك في المحمل وغيره.

وظرف المحمل: كالغطاء .

الثاني: التعاليق إذا شرطت كالقدر والسطيحة والقربة والسفرة ونحوها هل يحتاج إلى معرفتها بالرؤية أو الوصف مع الوزن أم لا؟ فيه طريقان:

أحدهما: وهو ظاهر النص: أنه يحتاج إليه؛ لاختلاف الناس فيها.

والثاني: وهو الأظهر: أن في المسألة قولين:

أصحهما: الاحتياج، والثاني: لا، وينزل على العادة وهذا ما قاله الغزالي في كتاب المسابقة أنه الأصح [وسلك الماوردي طريقًا آخر فقال: إن كانت معاليق الناس بتلك البلدة مختلفة فلا بد من معرفتها، وإن كانت متقاربة فقولان، أما إذا لم يشرط التعاليق فلا يستحق حملها؛ لأن الناس فيها مختلفون وقد لا يكون للراكب تعاليق.

وفيه وجه: أنها لو شرطت][1] ومحل الخلاف في اعتبار الوصف إذا لم يكن فيها شيء من الزاد والماء، أما إذا كان فيها شيء فلا بد من ضبطه كما سنذكره.

قال: وما عقد على مدة لا[2] **يجوز فيه شرط الخيار**؛ لأنه عقد لازم على منفعة فلم يصح اشتراط الخيار فيه، كالنكاح؛ ولأن اشتراط الثلاث يتضمن إتلاف بعض المعقود عليه مع بقاء العقد في جميعه فلم يصح، كما لو شرط في ابتياع العبدين أنه إذا تلف أحدهما في يد البائع لم يبطل البيع.

قال: وفي خيار المجلس وجهان:

وجه المنع: أنه يفوت بعض المدة فأشبه خيار الشرط، ولأن[3] الإجارة عقد غرر؛ لكونها عقدًا على معدوم والخيار غرر فلا يضم غرر إلى غرر، وهذا ما صار إليه أبو إسحاق، وابن خيران، وصححه الإمام والبغوي، وصاحب المرشد، والأكثرون.

---

(١) سقط في د. (٢) في د: فلا. (٣) في جـ: لأن.

ووجه الجواز[1] القياس على البيع؛ لكونها عقد معاوضة، وهذا ما صار إليه الإصطخري وصاحب التلخيص.

وقال الرافعي: إن صاحب المهذب وشيخه الكرخي رجحاه.

والفرق بينه وبين خيار الشرط: أن المجلس في غالب الأمر لا يمتد والفائت من المنفعة قدر يسير [لا يبالى به][2] وإن طال فعلى ندور النادر لا يغير وضع الشيء، وقد حكى [الإمام][3] أن الإمام وبعض أصحاب القفال ذكروا الخلاف في ثبوت خيار الشرط أيضًا، وبه ينتظم في المسألة ثلاثة أوجه:

أحدها: يثبتان وهو ما حكاه القاضي الحسين في هذا الباب عن ابن خيران.

والثاني: لا يثبتان .

والثالث: يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط، ويتفرع على القول بثبوت الخيار فرعان:

أحدهما: ابتداء مدة الإجارة [هل تكون][4] من حين العقد أو من حين اللزوم؟ فيه خلاف حكاه الإمام ورجح الأول فإن المدة لو حسبت من وقت اللزوم لتأخرت المنفعة عن العقد فشابه إجارة الزمن المستقبل، وقال: إن للقائل بمقابله أن يقول: إنما يمتنع تأخير حكم الإجارة عن العقد إذا لزم، فعلى هذا تتعطل المنافع على المكرى، وليس له الانتفاع بالعين في المدة ولا إيجارها.

ولو قال به قائل كان مقارنًا بخرق الإجماع، والقياس يقتضي جواز إجارة الدار المكراة في مدة الإجارة على هذا، وأراه بعيدًا كذا قاله الإمام، وعلى الأول: إن كانت المنافع في يد الآجر تلفت مضمونة عليه وإن تلفت في يد المستأجر؛ ففيه وجهان: ينبنيان على أن المبيع إذا تلف في يد المشتري في زمن الخيار يكون من ضمان من؟ فيه قولان:

أصحهما: من ضمان المشتري .

فعلى هذا تكون المنفعة محسوبة على المستأجر وعليه تمام الأجرة.

والثاني: يكون من ضمان البائع، فعلى هذا يحسب على الآجر وينحط من الأجرة ما يقابل تلك المدة.

---

(١) في د: الثبوت.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في ج.

الثاني: إذا أجر الآجر العين قبل لزوم العقد من آخر صح على المذهب وانفسخ العقد الأول .

وفيه وجه: أن الأول ينفسخ، ولا يصح الثاني؛ كيلا يكون اللفظ الواحد فسخًا وعقدًا، وذلك متنافٍ، كذا قاله الماوردي، ويتجه أن يجيء الوجه الثالث الذي حكيناه في نظير المسألة من البيع.

قال: وما عقد على عمل معين أي كخياطة ثوب وبناء حائط والإركاب إلى مكان كذا يثبت فيه الخياران لأن [منفعة][(١)] العين المعينة كالعين المتعينة[(٢)] [في البيع ثم بيع العين يثبت فيه الخياران فكذلك هنا][(٣)]، ولأن المحذور الذي ذكرناه في إجارة المدة من فوات بعض المعقود عليه منتف هاهنا.

وقيل: لا يثبتان كما لا يثبتان في النكاح، ولأن الإجارة عقد غرر فيصان من غرر آخر.

وقيل: يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط؛ [لأنه عقد على منتظر فثبت فيه خيار المجلس][(٤)] دون خيار الشرط كالسلم، وهذا ما اختاره في المرشد ثم هذان القسمان فيما إذا كانت الإجارة واردة على العين، أما إذا كانت واردة على منفعة في الذمة، ففي تعليق القاضي الحسين: أنا إن قلنا بحذائها حذو السلم، فحكمها حكم المسلم فيه، فثبت خيار المجلس دون خيار الشرط وإلا فمرتب على إجارة العين فإن قلنا: يثبت ثم خيار الشرط فهنا[(٥)] أولى، وإن قلنا: لا يثبت ثم فهاهنا[(٦)] وجهان؛ لأن إثبات الخيار هناك يتضمن تفويت جزء من المعقود عليه مجانًا بخلاف ما إذا كانت الإجارة على ما في الذمة، وهذا يقتضي الجزم بثبوت خيار المجلس والتردد في ثبوت خيار الشرط، وفي المهذب حكاية وجهين:

أحدهما: لا يثبت فيها خيار[(٧)] أصلاً، لكونها عقد غرر .

والثاني: يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط؛ لأن الإجارة [في الذمة؛ كالسلم، وهذا ما اختاره في المرشد، وهذا من الشيخ][(٨)] يقتضي الجزم بعدم ثبوت خيار الشرط والتردد في ثبوت خيار المجلس.

وفي الوسيط: الجزم بثبوت الخيارين[(٩)] فيها؛ نظرًا إلى كونه لا يحذر فوات

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: المعينة.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في د: فهاهنا.
(٦) في جـ: هنا.
(٧) زاد في د: الشرط.
(٨) سقط في د.
(٩) في جـ: الخيار.

منفعته والإجارة بيع تحقيقًا، والأحسن ما قاله القاضي وإلا أشكل الفرق بينه وبين السلم حيث يثبت فيه خيار المجلس جزمًا وحصل التردد في ثبوته هنا، وينتظم من مجموع ما ذكرناه ثلاثة أوجه كما صرح بها في البيان والمحاملي في المجموع، وعلى هذا إذا جمعت(١) الطرق كان في ثبوت الخيار في عقد الإجارة كيف فرض ثلاثة أوجه.

قال: . . . **ولا تجوز إلا معجلاً ويتصل الشروع** أي إمكان الشروع **في الاستيفاء بالعقد** [أي إذا ورد العقد على العين سواء قدرت المنفعة فيه بالعمل](٢) أو بالمدة(٣)؛ لأن إجارة العين كبيع العين، وبيع العين لا يجوز إلا على ما يمكن الشروع في قبضه فكذلك في الإجارة ولأن عقود المنافع إذا تعينت بزمانها بطلت بتأجيل إقباضها كالزوجة إذا شرط [تأجيل](٤) تسليمها.

قال: **فإن أطلق وقال: أجرتك [هذا](٥) شهرًا** أي ولم يعين أن ابتداءه من حين العقد؛ **لم يصح** لجواز أن يريد أن ابتداءه بعد يوم في مثالنا؛ لكونه منكرًا فيخل(٦) الاتصال المذكور.

وقد حكى القاضي الحسين وجهًا عن القفال وصححه: أن العقد يصح، ويحمل على الشهر الأول، وعلى ذلك جرى الإمام ومن تابعه؛ لأنها مدة مضروبة في عقد فوجب أن تتعقب [العقد](٧) إذا أطلقت؛ كمدة الإيلاء، والحلف على ترك الكلام شهرًا.

والصحيح الأول، وبه جزم العراقيون، وأبطل القاضي أبو الطيب علة خلافه بأن هذا شهر منكر فلم يحمل على الأول؛ كما لو قال: أجرتك شهرًا من شهور هذه السنة، وقد ادعى الإمام أنه لا خلاف في هذه الصورة في عدم الصحة، وكذا القاضي الحسين، وهو محمول على ما إذا بقي من السنة أكثر من شهر، أما إذا لم يبق فيها إلا شهر، فقد صرح المتولي والبغوي بالصحة فيه، ولو قال: أجرتك الشهر أو نصف الشهر حمل على ما بقي من ذلك الشهر في الصورة الأولى وعلى نصفه في الثانية، وهذا(٨) الحكم: فيما لو قال: السنة. صرح به القاضي

---

(١) في ط: أجمعت.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: بالذمة.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في التنبيه.
(٦) في د: فنحيل.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في د: وهكذا.

الحسين، أما إذا كانت الإجارة واردة على الذمة فيجوز تأجيلها قطعًا؛ كالمسلم فيه وسنذكرها.

تنبيه: [قول الشيخ: ويتصل الشروع في الاستيفاء بالعقد. ظاهره يقتضي أن يتمكن][١] المستأجر من استيفاء المنفعة عقيب العقد ويلزم على ذلك مخالفة الأصحاب في بعض المسائل ومخالفة بعضهم في بعض فيتعين أن يصرف عن ظاهره ويحمل على التمكن من الشروع في استيفاء المعقود عليه إذا أمكن والتمكن من الشروع فيما يوصل إلى الاستيفاء إن لم يمكن وذلك يتضح برسم مسائل:

منها: استئجار عين الشخص للحج قبل أشهره يجوز؛ إذا كان لا يتأتى الإتيان به من بلد العقد إلا بالسير قبله وكان في وقت خروج الناس من تلك البلد إليه، ولا مانع قائم بالأجير من مرض أو بالطريق من خوف أو تراكب الثلوج والأنداء التي لا يعلم وقت زوالها، فلو علم فالأصح عند الغزالي أنه غير مانع، وكذا الاستئجار على الحج في أشهره ليحرم الأجير من الميقات، جائز عند خروج الناس إليه، وفي كل من الحالتين المذكورتين لم يتصل الشروع في نفس المستأجر عليه؛ لأنه غير [معقود عليه][٢] بل فيما يوصل إليه، ويدل على ذلك ما سنذكره من أن الأجير إذا مات بعد قطع المسافة وقبل الإحرام لا يستحق شيئًا من الأجرة، وقد استدرك الرافعي على الغزالي وإمامه حيث قالا: ثم مهما صحت الإجارة وجب على الأجير الخروج مع أول رفقة، ولا يجوز التأخير إلا بعذر انتظار الرفقة ولا عذر بعد وجودها، بأن[٣] ذلك يقتضي جواز تقديم الإجارة على خروج الناس، وأن له انتظار خروجهم، ولا يلزمه المبادرة وحده، والذي ذكره جمهور الأصحاب على طبقاتهم ينازع فيه ويقتضي اشتراط وقوع العقد في زمان خروج الناس من ذلك البلد حتى قال صاحب التهذيب: لا يصح استئجار العين إلا في وقت خروج القافلة من تلك البلد بحيث يشتغل عقيب العقد بالخروج أو أسبابه من شراء الزاد ونحوه وإن كان قبله لم يصح؛ لأن الإجارة للزمن المستقبل لا تجوز وفرع على ذلك أنه لو كان الاستئجار بمكة لم يجز إلا في أشهر[٤] الحج، لتمكنه من الاشتغال بالعمل عقيب العقد.

ومنها استئجار الدار المشحونة بالأمتعة: يجوز على الأصح وإن لم يتصل

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: مقدور عليه.
(٣) في جـ: فإن.
(٤) في جـ: شهر.

الشروع في استيفاء المنفعة؛ لأن الشروع في التفريغ في الحال ممكن وهو موصل إلى المقصود.

وعن الشيخ أبي محمد: منع[(١)] إجارتها بخلاف بيعها.

وحكى الرافعي في أواخر الباب: أنه رأى للأئمة فيما جمع من فتاوى القفال في صحة إجارتها جوابين:

أحدهما: أنه إن أمكن التفريغ في مدة ليس لمثلها أجرة صح العقد وإلا فلا؛ لأنها إجارة [مدة][(٢)] مستقبلة، وفي هذا التعليل نظر.

والثاني: أنه إن كان يذهب في التفريغ مدة الإجارة لم يصح، وإن كان يبقى منها شيء صح ولزم قسطه من الأجرة إذا وجد فيه التسليم وأنهم خرجوا[(٣)] على الجوابين: ما لو استأجر دارًا ببلد آخر فإنه لا يتأتى التسليم إلا بقطع المسافة بين البلدين[(٤)].

ومنها: إذا استأجر شخصًا ليتعلم منه شيئًا من القرآن والأجير لا يعرف ذلك [ولكن][(٥)] يتأتى منه أن يتعلم ويُعَلِّم ففي صحة الإجارة وجهان حكاهما الإمام في باب الجعل والجعالة من كتاب الصداق عن العراقيين، ثم قال ومحلهما: إذا كان يحسن مقدارًا يشتغل بتعليمه في الحال، أو كانت الإجارة مع تعلقها بالعين واردة على مدة تتسع للتعلُّم وللتعليم أما إذا لم تكن مدة وكان لا يحسن شيئًا ألبتة[(٦)] فالوجه القطع بفساد الإجارة لتحقق العجز عن المستحق في الحال وعلى ذلك جرى في الوسيط هنا.

فروع:

لو أجر دابة إلى موضع ليركبها المكري زمانًا ثم المكتري زمانا - لم يجز؛ لتأخر حق المكتري في بعض الطريق، وتعلق الإجارة بالزمن المستقبل، وإن أجرها منه ليركب المكتري بعض الطريق وينزل ويمشي في البعض، أو أجرها من اثنين ليركب هذا زمانًا، وهذا مثله؛ ففيه أربعة أوجه:

أحدها: أن الإجارة فاسدة في الصورة الأولى، صحيحة في الثانية؛ لأنه إذا أكرى من اثنين اتصل زمان الإجارة بعضه ببعض، وإذا أكرى من واحد يفرق

---

(١) في جـ: يمنع.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: جزموا.
(٤) في د: المدتين.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: النية.

وتكون إجارة في الزمن المستقبل، وهذا ما صححه الماوردي.

والثاني: المنع في الصورتين؛ لأنها إجارة إلى آجال متفرقة وأزمنة متقطعة.

والثالث: وبه قال المزني في الجامع الكبير تخريجًا.

ووافقه صاحب التلخيص، واختاره القاضي الطبري والروياني: أنه يجوز في الصورتين مضمونة في الذمة، ولا يجوز على دابة معينة، والفرق: أنها إذا كانت في الذمة فإن أجرها من واحد؛ فقد ملكه نصف المنافع على الإشاعة فيقاسم المالك، وإن أجرها من اثنين ملكهما الكل فيقتسمان.

وأما إجارة العين فإنها تتعلق بأزمنة منقطعة فتكون إجارة للزمان المستقبل.

والرابع - وهو أصحها وجعله أبو الطيب في تعليقه المذهب - جواز الإجارة في الصورتين على الذمة والعين ويثبت الاستحقاق في الحال، ثم يقتسم المكرى والمكتري أو المتكاريان والتأخر الواقع من ضرورة القسمة والتسليم فلا يضر، وعلى هذا إن كان في الطريق عادة مضبوطة إما بالزمان [بأن][1] يركب يومًا وينزل يومًا، أو المسافة بأن يركب فرسخًا ويمشي فرسخًا حمل العقد عليها، وإن لم تكن عادة مضبوطة فلا بد من البيان في الابتداء، وليس لأحدهما أن يطلب الركوب ثلاثًا والنزول ثلاثًا؛ لما في دوام المشي من التعب، ودوام الركوب من الإضرار بالدابة، ولو اختلفا فيمن يبدأ بالركوب فالمحكم القرعة، وهذه المسألة مشهورة بكراء العقب وهو جمع عقبة، والعقبة: النوبة إذا أكرى الدابة من اثنين ولم يتعرض للتعاقب.

وقال القفال يجوز، ويتهايأ فيركبها هذا يومًا وهذا يومًا.

قال في البحر بعد حكايته ذلك: وهذا عندي إذا أمكن أن يركبها معًا، فإن لم يمكن فلا يجوز كراهما للركوب معًا.

وقال المتولي: إن احتملت الدابة ركوب الشخصين اجتمعا على الركوب، [وإلا رجع][2] إلى المهايأة.

لو قال: أجرتك نصف الدابة إلى موضع كذا، أو أجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق صح ويقتسمان إما بالزمان أو المسافة، وفي إجارة نصف الدابة وجه: أنها غير جائزة للتقطع.

---

(١) سقط في ج.

(٢) في د: فالرجوع.

قال: . . . ولا تجوز الإجارة إلا على أجرة معلومة الجنس [والقدر] والصفة؛ لقوله ﷺ: «مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرًا»[(١)] ؛ ولأنها بمنزلة الثمن في البيع ومعرفة الثمن في البيع شرط فكذلك الأجرة، وهذا إذا كانت الأجرة في الذمة، أما لو كانت على العين فالمعتبر شرائط المبيع وإلا لا يكون عمله واقعًا فيما جعله له؛ كما إذا استأجر الطحان ليطحن الحنطة بقفيز منها مطحونا؛ لنهيه ﷺ عن قفيز الطحان[(٢)] وهو مفسر بما ذكرناه، وألحق الأصحاب به ما إذا استأجر الطحان على الطحن بجزء شائع من الدقيق أو النخالة[(٣)] ، أو السلاخ ليسلخ الشاة المذبوحة بجلدها وأظهروا للنهى معنى لأجله عدوا الحكم إلى ما ذكرناه، وهو أن الأجرة غير حاصلة في الحال على الهيئة المشروطة، وإنما تحصل بعمل الأجير من بعد فهي إذًا غير مقدور عليها في الحال.

وفي بعض المسائل ما يقتضي الفساد، ولو خلت عن المعنى المذكور، وهو في مسألة الاستئجار بجزء من الدقيق أو النخالة[(٤)] : جهالة الدقيق في الحال، وكذا النخالة؛ لاشتمال القمح عليهما وفي مسألة السلاخ الجهل بصفاته؛ لأنه لا يعرف حاله في الرقة والثخانة وسائر الصفات قبل السلخ، وكذلك يمتنع جعله أجرة مطلقًا، وإن كان الاستئجار على عمل غير السلخ وقد ألحق الأصحاب على ما حكاه الغزالي وإمامه بمسألة قفيز الطحان أيضًا ما إذا استأجر مرضعة على الرضاع بجزء من المرتضع الرقيق في الحال وقاطف الثمار بجزء منها على رءوس الأشجار موجهين ذلك بأن عمل الأجير لم يقع في خالص ملك المستأجر، ثم قال الغزالي: وزاد الأصحاب فقالوا: المرتضع المشترك بين امرأة

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٣٦٦)، وأبو نعيم في مسند أبي حنيفة ص(٨٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٢٠)، وفي معرفة السنن والآثار (٤/ ٥٠٨).

(٢) أخرجه أبو يعلى فى مسنده (٢/ ٣٠١) حديث (١٠٢٤)، والطحاوي فى مشكل الآثار (١/ ٣٠٧) باب بيان مشكل ما روى عن نهيه عن قفيز الطحان، والدارقطني (٣/ ٤٧) كتاب البيوع، حديث (١٩٥)، والبيهقي (٥/ ٣٣٩) كتاب البيوع، باب: النهي عن عسب الفحل، من طريق سفيان الثورى عن هشام أبى كليب عن ابن أبى نعم عن أبى سعيد الخدرى قال: «نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل، وعن قفيز الطحان».
قفيز الطحان: هو أن يستأجر رجلاً ليطحن له حنطة معلومة بقفيز من دقيقها.
والقفيز: مكيال يتواضعُ الناس عليه. ينظر: النهاية (٤/ ٩٠).

(٣) في جـ: بالنخالة.

(٤) في جـ: بالنخالة.

مرضعة ورجل لا يجوز للرجل استئجارها على الرضاع؛ لأن عملها لا يصادف خالص ملك المستأجر، وهذا فيه احتمال؛ إذ قطعوا في كتاب المساقاة: بأن أحد الشريكين لو ساقى صاحبه وشرط له جزاء جاز وهو على عمل مشترك، ولكن قيل: ما يخص المستأجر يستحق به الأجرة، وهو محتمل - هاهنا - أيضًا.

قلت: وجه الزيادة في هذه المسألة على ما ذكره في الصورة السابقة: أن الفساد قد يعلل فيها: بأن الاستئجار لما وقع في حال كون جميع العين ملكا للمستأجر انتهض[1] ذلك دليلا على أن المراد بالاستئجار العمل في كل العين، وإذا كان كذلك اقتضى العقد تمليك الأجير جزءًا من العين في مقابلة عمله فيه وفي باقيها، وإجباره على العمل في ملكه والأول مخالف لوضع الإجارة، والثاني مخالف لوضع الملك.

وفي مسألة استئجار الشريك[2] على الإرضاع[3] لا بجزء من الرضيع، العقدُ واقع على العمل في حصته؛ لكون الظاهر أن الإنسان لا يستأجر إلا على العمل في ملكه [فيصير كما لو صرح بذلك، ولو صرح بذلك لانتفى ما ذكرناه من كونه يأخذ الأجرة على عمله في ملكه][4] وكونه مجبرًا على العمل في ملكه قصدًا فإلحاقه بالصورة السابقة زيادة وهو بصورة[5] المساقاة أشبه، وقد أشار الإمام إلى أن المنع جاء من جهة أن الاستئجار على إيقاع العمل في الملك المشترك لا يجوز ما لم يجتمع عليه الملاك، فلو جاز لأحدهم لزم منه التصرف في ملك غيره بغير إذنه إلى انقضاء الإجارة أو عدم القدرة على تحصيل المنفعة. وكل منهما محذور وإذا كان كذلك فهذا المعنى موجود فيما إذا كان الأجير هو الشريك؛ لأنه لا يلزمه العمل في ملكه، وما ذكره لا يقتضي المنع في استئجار الشريك؛ لأنه بعينه موجود في مسألة المساقاة، وقد جزم فيها بالصحة وموجود فيما لو كان بين رجلين حمل مشترك فاستأجر أحدهما صاحبه على حمله إلى البيت، فإنه يصح بالأجرة المسماة كما لو قال: استأجرتك لحمل نصيبي بكذا وفيما إذا كان بين شخصين طاحون فاستأجر أحدهما صاحبه على أن يعمل فيه كذا يومًا بأجرة معلومة فإنه يصح، ويجعل كما لو استأجره ليحمل نصيبه أو على

(١) في د: لينهض.
(٢) في د: الشريكة.
(٣) في د: الرضاع.
(٤) سقط في د.
(٥) في ج: بصور.

نصف منفعة بدنه، لأنه لو استأجر من حر نصف منفعته جاز، كذا حكاه القاضي الحسين الحكم والتوجيه في الصورتين، وموجود أيضًا فيما لو استأجر أحد الشريكين في الحنطة صاحبه ليطحنها أو في الدابة ليتعهدها بدراهم، وقد جزم في التهذيب فيهما بالصحة، فكان إلحاق مسألة الرضيع بهذه المسائل أولى والله أعلم.

قال: فإن استأجر بالطعمة والكسوة لم يصح، كما لو جعل ذلك عوضًا في النكاح والبيع، وهذا الحكم فيما لو اكترى الدابة بعلفها، أو الأرض بخراجها وكلفتها أو الدار بعمارتها، وكذا لو استأجر الدار بدراهم معلومة وشرط على المستأجر صرفها في العمارة؛ لأن الأجرة الصرف والدراهم، والعمل في الصرف مجهول، نعم لو قدر شيئًا من الطعام ووصفه بصفات السلم صح جعله أجرة، وإن قسطه في كل يوم شيئًا خرج على السلم في جنس إلى أجلين صرح به القاضي الحسين، ثم إذا أذن له في صرف ذلك إلى العبد المستأجر جاز.

وهكذا نقول فيما إذا استأجر دارًا بقدر من الدراهم ثم أذن له في صرفها في العمارة بدون شرط صح ولم يخرج الأصحاب ذلك فيما وقفت عليه على اتحاد القابض والمقبض وكأنهم نزلوا القابض من المستأجر منزلة النائب عن الأجير وإن لم يكن معنيًّا واغتفروا مثل هذا التوكيل لوقوعه ضمنًا، وإن كان لا يصح لو وقع قصدًا كما صرح به القفال فيما إذا قال وكلت كل من أراد بيع مالي ببيعه [بل ادعى ابن الصباغ في كتاب الخلع فيما إذا خالع زوجته وأذن لها في إنفاق ذلك على ولده كان له، وأنه لا يختلف أصحابنا في ذلك][1]، لكن قياس هذا أن يقال: إذا كان له في ذمة شخص مال فأذن له في إسلامه في كذا أن يصح، وهو ما حكاه صاحب الإشراف عن ابن سريج، ثم قال: والمذهب خلافه وقضية هذا أن يجيء مثله هاهنا.

وعلى الأول: لو اختلف الآجر والمستأجر في قدر المصروف وكان ما ذكره المستأجر محتملا؛ فمن القول قوله؟ فيه قولان في الإبانة، والذي أجاب به ابن الصباغ أن القول قول المستأجر، وسيأتي فيما إذا أذن الحاكم للمستأجر عند هرب الجمال في الإنفاق وجدناه ثم اختلف الجمال والمستأجر في قدر المنفق، فمن القول قوله؟ فيه ثلاثة أوجه يتجه مثل جريان مثلها هاهنا، ولو أنفق المستأجر

---

(١) سقط في جـ.

عند اشتراط الإنفاق في أصل العقد بشرط الرجوع رجع عليه، وإن فسد العقد [لإذنه، فإن اختلفا][1] في قدر المنفق ذكر القاضي في تعليقه أن القول قول المنفق؛ لأنه ائتمنه على ذلك.

قال ابن الصباغ: وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لم يأتمنه وإنما شرط عليه أن تكون النفقة عليه، وذلك لا يقتضي الأمانة.

تنبيه: الطعمة بضم الطاء: الإطعام.

والكسوة: بكسر الكاف وضمها جميعًا، كَسِيَ، وكسوته [ثوبًا][2] فاكتسى وهو كاس، وهم كساة ونسوة كاسيات.

قال: . . . وإن عقد على مال جزاف؛ أي: والعقد على منفعة عين معينة جاز؛ لأن المنافع في حكم الأعيان المقبوضة بدليل جواز التصرف فيها؛ فجاز أن يكون ما يقابلها جزافًا؛ كالثمن في البيع، وهذا هو المذهب.

وقيل فيه قولان؛ كرأس مال السلم، والجامع: أنهما عقدان على منتظر[3] يخشى انفساخ العقد فيه بتعذره.

والقائل الأول: فرق بأن السلم معقود إلى أجل فهو غرر فلا ينضاف غرر إلى غرر، والإجارة معقودة على منفعة حالة وإنما تستوفى شيئًا فشيئًا فشابه الطعام إذا اشتراه وقبضه [كيلًا][4] قليلاً قليلاً، والأجل المذكور فيها ليس بأجل في الحقيقة وإنما يضرب لتقدير المنفعة فإن الأجل: ما يحل الحق عند انقضائه، وهذه المدة تعني الحق عند انقضائها، أما إذا كانت الإجارة على منفعة في الذمة؛ قال ابن يونس: فهي كالسلم بلا خلاف، وهذا إن قاله وقد عقد بلفظ السلم فهو ظاهر، وإن قاله وقد عقد بلفظ الإجارة ونحوها ولم يسلك به مسلك السلم فلا اتجاه له.

قال: وإن أجر منفعة بمنفعة جاز؛ لأنهما منفعتان يجوز أن يعقد على كل منهما فجاز العقد على إحداهما بالأخرى عند اتفاق الجنس؛ كما لو كانتا مختلفتي الجنس، ومن منع الصحة عند اتفاق الجنس - وهو أبو حنيفة - اتبع في ذلك أصله، وفي تحريم الربا في كل جنس واحد، وقد بينا في باب الربا: أنه لا يجري إلا في المطعوم والنقدين.

---

(١) في د: وإن اختلفا.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: مسطر.
(٤) سقط في جـ.

قال: **وتجب الأجرة بنفس العقد**؛ لأنه عقد لو شرط فيه تعجيل العوض أو تأجيله تبع في ذلك بالاتفاق، فإذا أطلق وجب أن يحمل على التعجيل؛ كالثمن في البيع وأيضًا: فإن المستأجر قد ملك المنفعة وصح تصرفه فيها فوجب أن يملك الآجر مقابلها وهو الأجرة عملاً بتساوي المتعاقدين.

قال: **إلا أن يشرط فيها الأجل فتجب في محله** [كالثمن][1]، وهذا إذا كانت الإجارة واردة على العين أما إذا وردت على الذمة فسيأتي.

واعلم إنا وإن أوجبنا الأجرة بنفس العقد فلا يوجب تسليمها ما لم تسلم العين المؤجرة إلى المستأجر، كذا صرح به الماوردي، وكان يتجه أن يكون فيه الخلاف المذكور في البيع إذا كانت الإجارة على عمل، وقلنا: إن الصنعة كالعين، وإن قلنا: إنها أثر فتكون كالنكاح؛ لأن المنفعة تفوت بالتسليم كما تفوت منافع البضع بالوطء، خصوصًا إذا كانت المنفعة حراسة أو رعيًا أو نحوهما، وقد صرح المتولي بإلحاق الآجر والمستأجر عند التنازع بالبائع والمشتري، وإذا تسلم الآجر الأجرة فهل ملكها ملكًا مستقرًّا أو ملكها ملكًا مراعى؟ فيه قولان صرح بهما الماوردي وغيره.

ومعنى الملك المستقر كما حكاه الإمام في كتاب الزكاة[2]: أن الإجارة لو انفسخت في أثناء المدة انتقص ملك الآجر عما يخص الذي انفسخ العقد فيه [من حينه.

ومعنى الملك المراعى: أنها إذا انفسخت في أثناء المدة تبينا أنه لم يملك ما يقابل ما انفسخ العقد فيه][3].

فرع: إذا وقع العقد بأجرة مؤجلة والنقد على صفة ثم صار عند الحلول على غيرها، فالواجب النقد الموجود حالة العقد بخلاف ما لو كان النقد حال [عقد][4] الجعالة على صفة ثم تغير حال تمام العمل فإن المعتبر فيه النقد الموجود حال الفراغ على وجه؛ لأن به استحق الأجرة والصحيح أنه كالإجارة.

قال: **وإن كان العقد على مدة** أي مثل [إن استأجر شيئًا شهرًا من حين العقد **فتسلم العين ومضت المدة، أو على عمل معين**، أي: مثل][5] إن استأجر عبدًا

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: الوكالة.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.

ليخيط له ثوبًا أو يبنى له حائطًا ونحو ذلك، [أو استأجر دابة ليركبها إلى موضع كذا، أو يحمل عليها شيئًا إلى موضع كذا ونحو ذلك][١].

فسلم العين ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء استقرت الأجرة أي سواء استوفى المنفعة أو لا، وسواء كان عدم الاستيفاء لعذر قام به أو بالطريق أو لا لعذر؛ لأن المعقود عليه تلف تحت يد متملكه فاستقر عليه بدله؛ كالمبيع إذا تلف تحت يد المشتري.

وفي الحاوي: أن هذا فيما إذا كان العذر المانع من استيفاء المنفعة قائمًا بالمستأجر كالمرض ونحوه أما إذا كان قائمًا بالعين المستأجرة؛ كمرض الدابة فلا أجرة على المستأجر لكن إن كانت الإجارة على مدة فقد انفسخت وإن كانت إلى مسافة معلومة فهي بحالها.

وألحق العذر القائم بالطريق من خوف أو حذر بالعذر القائم بالعين المستأجرة لكون المنع في الحالتين من غير المستأجر فصار ممنوعًا من استيفاء حقه، والأصحاب استشعروا ذلك وأجابوا عنه: بأن المستأجر متمكن من استيفاء المنفعة في طريق آخر إلى مثل الموضع المعين؛ إذ لا يتعين السير إلى الموضع الذي عينه عندنا فصار كما لو لم يكن في الطريق خوف.

وليس للمستأجر عند تعذر [استيفاء][٢] المنفعة عليه لا بسبب من جهة المؤجر فسخ الإجارة ولا أن يلزم المكرى استرداد الدابة في الصورة الأخيرة من صور[٣] الكتاب إلى أن يقدر على استيفاء المنفعة، وقد ألحق بالتسليم فيما ذكرناه عرض الآجر[٤] العين المستأجرة على المستأجر وامتناعه من تسلُّمها إلى انقضاء المدة والزمان صرح به في المهذب وغيره فحينئذ [تستقر الأجرة][٥] فيما إذا كانت الإجارة على منفعة عين معينة بأحد ثلاثة أشياء: - كما صرح به في الذخائر - استيفاء المنافع، والتمكين من الاستيفاء بأن يسلم إليه العين وتمضي المدة وهي في يده، وأن تعرض عليه العين ويتمكن[٦] من قبضها فيتركها اختيارًا حتى تمضي المدة.

قلت: والجزم بالاستقرار في الصورة الأخيرة فيه نظر؛ لأن الأصحاب شبهوا

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: صورتي.
(٤) في ج: المستأجر.
(٥) في ج: تكون الأجرة تستقر.
(٦) في د: ويمكنه.

منفعة العين المعينة بالمبيع المعين، وقد تقدم حكاية وجه فيما إذا وضع البائع [العين المبيعة][(١)] في بيت المشتري أو حجره، أو بين يديه بغير إذنه ورضاه أنه لا يكون إقباضًا ما لم ينقله فيشبه أن يجيء مثله هاهنا.

قال: ويجب[(٢)] **رد العين** أي: بعد مضى المدة والزمان؛ لأن ذلك قضية الملك، وهذا جواب على أن المستأجر يجب عليه [رد العين][(٣)] بعد المدة كما سيأتي.

فرع: إذا وقع العقد على منفعة حر فسلم نفسه ولم يستعمله المستأجر حتى مضت المدة أو مضت مدة يمكن فيها العمل المستأجر عليه، فهل تستقر الأجرة؟ قال الرافعي: الذي ذهب إليه[(٤)] الأكثرون الاستقرار،والذي ذهب إليه القفال عدمه؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد فلا تحصل منافعه في ضمان المستأجر إلا عند وجودها، وهذا ما قاله الشيخ أبو علي عند الكلام فيما إذا تلف الثوب الذي وقعت الإجارة على خياطته، وإيراد القاضي أبي الطيب، والماوردي وغيرهما موافق لما حكاه عن الأكثرين فإنهم قالوا فيما إذا استأجره على قلع ضرس وجيع ثم امتنع المستأجر من تمكين الأجير من القلع مع بقاء الألم حتى مضت مدة يمكن قلعه فيها: إنه لا يجبر على ذلك وتجب الأجرة عليه ويستقر.

كذا حكوه عند الكلام في أن المستأجر ليس له فسخ الإجارة بعذره.

وحكى ابن الصباغ: أن القاضي أبا الطيب قال في المجرد: وعندي أنها لا تستقر حتى إن هذا السن لو انقلع انفسخت الإجارة ووجب رد الأجرة كما قلنا في النكاح: إذا مكنت الزوجة من نفسها ولم يطأها الزوج، ويفارق هذا إذا حبس الدابة مدة المسافة أنه تستقر عليه الأجرة؛ لأن المنافع تلفت تحت يده بخلاف مسألتنا.

وهذا التعليل يؤيد ما أوردته عن الأصحاب في الجزم باستقرار الأجرة بالعوض[(٥)].

قال: . . . وإن كانت الإجارة فاسدة استقرت أجرة المثل. . . أي سواء انتفع بالعين [بعد تسليمها أم لا][(٦)]؛ لأن الإجارة كالبيع، والمنفعة كالعين، ثم البيع الفاسد كالصحيح في الضمان بالقبض فكذلك الإجارة.

---

(١) في د: المبيع.
(٢) في التنبيه: ووجب.
(٣) في د: الرد.
(٤) في د: ذكره.
(٥) في د: العرض.
(٦) في د: أولا.

قال: **وما يُحتاج إليه في التمكين**[(١)] **من الانتفاع كمفتاح الدار، وزمام الجمل والحزام والقتب، فهو على المكري**؛ أي عند إطلاق العقد؛ لأن التمكين من الانتفاع واجب على الآجر، وهو متوقف على ذلك؛ [فوجب عليه][(٢)] وفي معنى القتب الإكاف والبرذعة والثفَر وبُرَة البعير: وهي التي تكون في أنفه من خشب أو غيره، واللجام، والسرج إذا كان المستأجر فرسًا للركوب صرح به القاضي أبو الطيب وغيره.

وحكى أبو الحسن العبادي في الرقم: أن مكري الدابة لا يلزمه تسليمها إلا عارية، والآلات كلها على الراكب؛ كما لو شرط ذلك عليه.

وفي التهذيب: أن ما ذكرناه يجب على المؤجر؛ إذا كانت الإجارة واردة على الذمة، أما إذا كانت واردة على عين الدابة والبرة، والخطام، ولجام الفرس، وكل ما يحتاج إليه للتمكين يجب عليه أيضًا، والسرج والإكاف على المستأجر، وكذا الوعاء إذا كان الكراء لحمل متاع.

فلو سلم إليه الدابة عارية، فركبها أو حمل عليها بلا إكاف ولا سرج ضمن؛ لأنه يُرِقُّ ظهر الدابة إلا أن تكون المسافة قريبة.

وذهب ابن كج إلى أن السرج لا يجب إلا إذا كانت العادة جارية بالركوب عليه، وجعله الرافعي وجهًا ثالثًا، وهذا يدل على الخلاف في إيجابه وإن لم تجر العادة بالركوب عليه.

ولو كانت الدار مما يقفل عليها قفل حديد، فلا يجب على المؤجر.

والفرق بينه وبين المفتاح: أن المفتاح منفعة تابعة للضبة وهي من الثوابت، بخلاف القفل؛ فإنه منقول غير تابع.

تنبيه: جمع المفتاح مفاتيح ومفاتح، كالأمانِي، والأمانيِّ، [و][(٣)] الزمام بكسر الزاي: أصله الخيط الذي يشد في [البُرة][(٤)] بضم الباء وتخفيف الراء، وقد يسمى المقود بكسر الميم وهو الرسن، [وهو مراد المصنف.] الحزام بكسر الحاء جمعه حزم، والفعل حزمت الدابة أحزمها حزما .

القتب: بفتح القاف والتاء جمعه أقتاب، قال: و[**ما يحتاج إليه لكمال الانتفاع: كالدلو والحبل**، أي عند كراء[(٥)] شخص للاستقاء **والمحمل والغطاء**؛ أي عند

---

(١) في د: للتمكين.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في د: إكراء.

الكراء[١] للركوب بهما كما تقدم - فهو على المستأجر؛ لأنه لا يتوقف الاستيفاء عليه بل كماله.

ومن هاهنا يؤخذ أنه لا يجب على الآجر ما يشد به أحد المحملين إلى الآخر من طريق الأولى، وفي المهذب حكاية وجه: أنه يجب عليه وهو بعيد مع[٢] القطع في نفس المحمل وسائر توابعه المذكورة أنها على المكتري.

قال الرافعي: والأقوم ما في تعليق الشيخ أبي حامد وغيره، وهو رد الوجهين إلى أن شد أحد المحملين إلى الآخر على من يجب؟ فعلى وجه: يجب على الآجر؛ كما يجب عليه الشيل والحمل؛ [لأنه يراد للتمكين من الركوب][٣].

وفي الثاني: على المكتري؛ لأنه إصلاح ملكه [فهو كتأليف المحمل][٤].

واعلم أن محل وجوب الحبل والدلو على المستأجر إذا كانت الإجارة واردة على العين، أما إذا كانت واردة على الذمة، فهي كالوعاء في الاستئجار على نقل الغلة في الذمة، فتكون على المكتري. وعن القاضي الحسين أن الرجل إن كان معروفًا بالاستيفاء بآلة نفسه؛ لزمه الإتيان بها.

قال الرافعي: وهذا يجب طرده في الوعاء.

تنبيه: الدلو قال ابن السكيت: الغالب عليها التأنيث، وقد يذكر، وتصغيرها: دلية، وجمع القلة أدل وفي الكثرة دلاء ودلى بضم الدال وكسر اللام وتشديد الياء، وأدليت الدلو أرسلتها في البئر، ودلوتها نزعتها منه، وأيضًا أرسلتها.

والغطاء - بكسر الغين والمد-: جمعه أغطية، وهو ما يغطي الشيء، يقال: غطيته بتشديد الطاء تغطية، وحكى الجوهري أيضًا: غطيته غطيا بالتخفيف[٥]، ومنه قولهم: غطا الليل يغطو ويغطي أي أظلم.

قال: وفي كسح البئر أي بئر الحش وتنقية البالوعة أي إذا امتلئ ذلك في أثناء المدة بعد تسليمه[٦] فارغا، وجهان:

وجه إيجابه على المكري: أنه من مقتضى التمكين من الاستيفاء؛ فوجب كما يجب تسليم ذلك في الابتداء فارغا حتى إذا لم يفعله، ثبت[٧] للمستأجر الخيار؛

---

(١) في د: الإكراء.
(٢) في جـ: من.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) زاد في جـ: وأنشر فيه.
(٦) في د: تسلمه.
(٧) في د: يثبت.

وهذا ما اختاره الروياني، ولم يحك الماوردي عن الأصحاب سواه.

ووجه ثبوته على المستأجر: أنه تسلم ذلك فارغًا، وإنما حصل الامتلاء بفعله؛ فكان عليه، كتنظيف الدار عن الكناسة والأتون عن الرماد، وهذا ما صححه الرافعي، واختاره الماوردي لنفسه، وبه أجاب القاضي أبو الطيب، والبندنيجي وابن الصباغ، والمتولي.

فعلى هذا: إذا لم يفعله المستأجر لا يثبت له خيار.

وفيه وجه: أنه يثبت له.

وفي الحاوي: أنه يجبر على ذلك.

وهذا كله في خلال[1] المدة، أما إذا انتهت المدة، فهل يجب على المستأجر تنظيف ما تسلمه فارغا؛ ليسلمه كما تسلمه أم لا؟

قال الأصحاب: إن كان الموجود القمامات المجتمعة في زمن إجارته، وجب عليه إزالتها؛ وكذا الرماد عند الإمام.

وفي التهذيب: أنه لا يجب؛ لأن طرح الرماد من ضرورة استيفاء المنفعة.

وأما كسح البئر وتنقية البالوعة، فلا خلاف في عدم وجوب ذلك.

ومستنقع الحمام - وهو الذي يجتمع فيه الماء الوسخ - حكمه حكم البالوعة عند بعضهم في الدوام والانتهاء.

وحكى في البحر: أن القاضي في الجامع حكى عن بعض أصحابنا: أن كسحه على المكري أبدا، وهو المذهب؛ لأن التمكين من الانتفاع لا يكون إلا به ولا يشبه الحش في الدار؛ لأن معظم الانتفاع[2] لا يكون به بخلاف الحمام.

ثم القمامات التي وقع [فيها][3] الكلامُ القشور وما يسقط من الطعام ونحوه، أما التراب الذي حصل من هبوب الرياح، فلا يجب على المستأجر؛ لأنه حصل بغير فعله.

قال الرافعي: لكن قد قيل: إن الثلج إذا وقع في العرصة وجف ولم يمنع الانتفاع كان ملحقًا بكنس الدار وكذا إن كثف على الظاهر، ومنه من ألحقه بتنقية البالوعة، وإن كان قد حصل لا بفعله، [فيجب أن يكون التراب أيضًا كالكناسات في أثناء الإجارة وإن حصل لا بفعله][4].

---

(١) في د: حال.
(٢) في د: انفتاح الدار.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.

تنبيه: الكسح: الكنس.

والبئر مؤنثة مهموزة وتخفف بتركه، وجمع القلة: أبؤر؛ كأفلس وأبْآر بإسكان الباء وبعدها همزة، ومن العرب من يقلب الهمزة فيقول: آبار بمد أوله وفتح الباء [والكثرة بئار](١) بكسر الباء وبعدها همزة.

البالوعة، والبلُّوعة: ثقب في وسط الدار تنصرف فيه الأوساخ.

قال: **وعلى المكري الإشالة والحط**، أي إشالة الحمل وحطه، **وإركاب الشيخ**، أي بأن يمسك بيده، أو يضع له ركبته؛ ليركب عليها على العادة، **وإبراك الجمل للمرأة**؛ لاقتضاء العرف، وفي معنى المرأة: الرجل الضعيف؛ بسبب مرض أو نحافة، وكذا من جاوز الحد في السمن؛ كما صرح به الماوردي.

والاعتبار في القوة والضعف بحالة الركوب، لا بحالة الإجارة؛ صرح به أبو الطيب وغيره.

ولو كان المستأجر بغلاً أو حمارًا؛ وجب عليه تقريبه من المرأة ومن في معناها؛ ليسهل الركوب.

ويجب عليه بعد الإركاب سوق الدابة وتعهدها، وإعانة الراكب في النزول على العادة.

وعليه إنزال الراكب؛ لقضاء الحاجة، والطهارة وصلاة الفرض؛ إذا طلب المستأجر ذلك ولو في أول وقت الصلاة، وإذا نزل انتظره، ولا يلزم المستأجر المبالغة في التخفيف ولا القصر، ولا الجمع، وليس له الإبطاء والتطويل، فإن كان التطويل طبعًا فيه وعادة؛ كان عيبًا فيه، وللجمال الخيار في فسخ الإجارة، والصبر عليه، وهكذا لو كان عسر الركوب إلا أن يستبدل الراكب بنفسه غيره صرح به الماوردي، ولا يجب إنزال المستأجر لصلاة النفل والأكل والشرب؛ ليأتيها على الراحلة.

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا فرق في وجوب ما ذكرناه على المكري بين أن تكون الإجارة واردة على العين أو على الذمة، وهو ما صرح به الماوردي.

وقال الرافعي: إن محله إذا وردت على الذمة، أما إذا وردت على عين الدابة، فالذي يجب على الآجر التخلية بينها وبين المستأجر، وليس عليه أن يعينه في

---

(١) في د: والكثير البيار.

الركوب ولا في الحمل وإن هذا ما يوجد للأكثرين في نوعي[(١)] الإجارة، وإن الإمام حكى وراءه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يفترق في إجارة الذمة بين أن يقع العقد على التبليغ مثل أن يقول: ألزمت ذمتك تبليغي إلى موضع كذا على الدابة صفتها كذا فتقع الدابة تبعًا فتلزم الإعانة، وبين أنه تقع على الدابة بأن يقول: ألزمت ذمتك منفعة دابة صفتها كذا؛ لأركبها إلى موضع كذا فلا يجب.

والثاني: أنه يجب الإعانة على الركوب في إجارة العين أيضًا.

والثالث: أنها تجب في الحمل سواء كانت الإجارة في الذمة أو على العين لاطراد العادة بالإعانة على[(٢)] الحط والحمل وإن اختلفت في الركوب، وهذا ما اختاره في الوسيط ووضع الحط وحمله؛ كالحمل.

فرع: أجرة الدليل والسائق والقائد ينظر فيه، فإن اكترى بهيمة بعينها فليس على الآجر غيرها وإن اكترى منه الركوب أو الحمولة في الذمة كان ذلك على الآجر قاله في البحر.

تنبيه: الإشالة: الرفع يقول: أشلته[(٣)]، بضم الهمزة، إشالة [بكسرها][(٤)] كأقمته أقيمه إقامة، وانشال هو، قال الجوهري: ويقال شُلْتُه أَشُوله شَوْلاً أي: رفعته.

إبراك الجمل[(٥)]، قال أهل اللغة: يقال: برك البعير يبرك - بضم الراء - أي: استناخ، وأبركته أنا فبرك.

قال ابن فارس: هو مشتق من البرك بفتح الباء وإسكان الراء وهو الصدر؛ لأنه يقع صدره على الأرض.

وأصل هذه الكلمة من الثبوت قال: وللمكتري أن يستوفي المنفعة بالمعروف؛ لأن إطلاق العقد يقتضي المتعارف؛ فألحق بالمشروط؛ وهذا اللفظ من جوامع الكلم؛ لأنه ينظم مسائل كثيرة صرح بها الأصحاب.

فمنها: أن من استأجر ثوبًا للبس كان له أن يلبسه بالنهار وفي الليل إلى وقت النوم، وليس له أن ينام فيه ليلا، وكذا في وقت القيلولة على وجه، وبه جزم في الوجيز.

والصحيح:- وهو الذي أورده الأكثرون - الجواز، ومحله في القميص الأسفل، أما الأعلى، فيلزمه نزعه في سائر [أوقات][(٦)] الخلوة؛ لأنه إنما يلبس

---

(١) في جـ: موعى.
(٢) في جـ: في.
(٣) في د: شلته أُشيله.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: البعير.
(٦) سقط في جـ.

عادة في وقت الخروج إلى الطريق ودخول الناس عليه.

ولا يجوز له الاتزار بالقميص المستأجر للبس؛ لأنه أضر من اللبس، وهو غير متعارف في لبس القميص، وفي الارتداء به وجهان حكاهما شيوخ الطريقين.

وأظهرهما: الجواز؛ لأن ضرر الارتداء دون ضرر اللبس ومن هذا يظهر: أنه لو صرح بالاستئجار للارتداء، لا يجوز له الاتزار به؛ كما صرح به في التتمة.

ويجوز له أن يتعمم به؛ لأنه أخف ضررًا.

ومنها: إذا استأجر دارًا للسكنى كان له أن ينقل الأمتعة إليها، وهل له أن يضع فيها ما يسرع إليه الفأر[1] وينقب بسببه الحيطان؟ فيه وجهان:

أصحهما: الجواز؛ لأنه معتاد ولا يجوز له أن يضع التراب والرماد في أصل حيطانها ولا ربط الدواب فيها، ولا أن يسكنها حدادًا ولا قصارًا؛ لإضرار ذلك بجدرانها.

قال في البحر: فإن قيل: أليس قلتم: إذا استأجر أرضًا للزراعة، يجوز له أن يزرع أضر زرع، فهلا قلتم في السكنى مثله؟

قيل: الفرق: أن السكنى لا تتضمن الإضرار بالدار، فإذا أسكنها ما يضر بها لم يجز، والزرع متضمن الإضرار بالأرض، فإذا أطلق، فقد رضي بأكثر الضرر. وهذا جواب عما أورده الرافعي سؤالاً على جواز إطلاق الإجارة للسكنى.

ومنها: من استأجر راحلة للركوب، كان له النوم عليها في الوقت المعتاد بالنوم فيه، وليس له ذلك في غير وقته؛ لأن النائم يثقل.

وله استنهاض الدابة بالضرب، وكبح اللجام، وركض الرجل على العادة؛ روى جابر قال: «سَافَرْتُ مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَاشْتَرَى مِنِّي بَعِيرًا، وَحَمَلَنِي عَلَيْهِ إِلَى الْمَدِينَةِ، وَكَانَ يَسُوقُهُ وَأَنَا رَاكِبُهُ، وَإِنَّهُ لَيَضْرِبُهُ بِالْعَصَا»[2].

---

(١) في د: الفساد.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٤٥) كتاب البيوع، باب شراء الدواب والحمير (٢٠٩٧)، ومسلم (٢/ ١٠٨٩) كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح البكر (٥٧/ ٧١٥) من طريق وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله قال: كنت مع النبى ﷺ فى غزاة فأبطأ بى جملى وأعيا، فأتى على النبى ﷺ فقال: «جابر» فقلت: نعم، قال: «ما شأنك؟» قلت: أبطأ على جملى وأعيا فتخلفت. فنزل يحجنه بمحجنه. ثم قال: «اركب»، فركبته، فلقد رأيته أكفه عن رسول الله ﷺ قال «تزوجت؟» قلت: نعم. قال: «بكرا أم ثيبا؟» قلت: بل ثيبا. قال: «أفلا جارية تلاعبها وتلاعبك؟» قلت: إن لى =

ومنها: للمستأجر للركوب وضع الرجل والجلوس على الدابة على الوسط المعتاد، وليس لأحد المتآجرين أن يضع الرجل مكبوبًا[١] ولا مستلقيًا والمكبوب: أن يجعل مقدم الجمل أو الزاملة أوسع من المؤخر، وهذا[٢] أنفع للدابة وأضر للراكب، والمستلقى عكسه كما قاله أبو إسحاق، وقيل: المكبوب: أن يضيق المقدم والمؤخر، والمستلقي: أن يوسعهما جميعًا، وهو قول أبي علي الطبري.

وقيل: المكبوب تقديم المحمل إلى مقدم البعير، وهو أوطى للركوب، والمستلقي: تأخير المحمل إلى مؤخرة البعير، وهو أسهل على البعير، وهذا قول ابن أبي هريرة.

ومنها: إذا كان في الطريق مراحل معلومة، جرت العادة بقطعها في كل يوم مرحلة، فليس للمستأجر أن يزيد عليها عند إطلاق العقد، وكذا ليس للأجير تكليفه ذلك.

وهكذا الحكم في النزول[٣] في البلد أو في ظاهرها.

وفي السير في الليل والنهار يتبع فيه العادة، فإن لم تكن ثَمَّ عادة في المراحل، ولا في السير في وقت مخصوص، ولم يقع في ذلك شرط في حال العقد، فسد.

وإن وقع شرط بأن يسير في كل يوم قدرًا معلومًا، جاز.

قال أبو إسحاق: وقد جرت العادة في قطع البادية إلى مكة في أيام الحج بما لا تطيقه الحمولة؛ فلا يجوز الإطلاق في[٤] ذلك؛ لأن الإطلاق لا يمكن حمله عليه؛ لما فيه من حمل الحمولة على ما لا تطيق.

ومنها: إذا كانت العادة به جارية بأن ينزل الراكب ويمشي في الرواح، فإن شرط مع ذلك النزول، اتبع الشرط.

قال الإمام: ويعترض في شرط النزول إشكال لقطع[٥] المسافة ويقع في إكراء

= أخوات، فأحببت أن أتزوج امرأة تجمعهن وتمشطهن وتقوم عليهن. قال: «أما إنك قادم فإذا قدمت فالكيس الكيس». ثم قال: «أتبيع جملك؟» قلت: نعم. فاشتراه منى بأوقية. ثم قدم رسول الله ﷺ قبلى وقدمت بالغداة، فجئنا إلى المسجد فوجدته على باب المسجد، قال: «آلآن قدمت؟» قلت: نعم. قال: «فدع جملك فادخل فصل ركعتين»، فدخلت فصليت. فأمر بلالا أن يزن له أوقية، فوزن لى بلال فأرجح فى الميزان. فانطلقت حتى وليت. فقال: «ادع لى جابرا» قلت: الآن يرد على الجمل، ولم يكن شىء أبغض إلى منه، قال: خذ جملك، ولك ثمنه.

(١) في د: ملتويًا. (٢) في د: هو.

(٣) في د: زيادة في إطلاق العقد.

(٤) زاد في د: كل. (٥) في ج، د: ليقطع.

العقب لكن الأصحاب احتملوه بناء على التساهل، وإن شرط بألا ينزل اتبع الشرط، وإن أطلق العقد، فإن كان الراكب امرأة أو مريضًا فلا يجب النزول، [وإن كان رجلا قويًّا فوجهان؛ لتعارض اللفظ والعادة، وكذلك حكم النزول][١] على العِقابِ الصعبة، والأقيس في تعليق القاضي الحسين: أن له الركوب.

قال: وإن اكترى أرضًا؛ ليزرع الحنطة؛ زرع مثلها؛ لأن المعقود عليه منفعة الأرض، والزرع طريق في الاستيفاء، فلا يتعين؛ كما إذا كان له حق على غيره، فإنه مخير بين أن يستوفيه بنفسه أو بغيره؛ ومن طريق الأولى، يجوز له أن يزرع ما دونها؛ كالشعير والقرظ.

ولا يجوز أن يزرع ما فوقها، كالأرز، والذرة؛ لما في ذلك من الإضرار بالآجر؛ فإن الأرز يحتاج إلى السقي الدائم؛ فيذهب قوة الأرض، والذرة تنشر عروقها في الأرض؛ فتستوفي قوتها.

وعن البويطي: أنه لا يجوز العدول إلى غير الزرع المعين، فمن الأصحاب من قال: أنه قول للشافعي رواه، ومنهم من قال: إنه رآه، والمذهب الأول، فعلى هذا لو قال: أكريتك لتزرع الحنطة ولا تزرع غيرها، ففي المسألة ثلاثة أوجه حكاها ابن أبي هريرة:

أحدها: أن العقد فاسد، وهو ما ذكره ابن كج، وذكر الروياني أنه المذهب.

والثاني: أن العقد صحيح والشرط فاسد، وهذا ما اختاره الإمام، ولم يحك أبو الطيب غير هذين الوجهين.

والثالث: صحة العقد والشرط؛ لأن المستأجر ملك المنفعة من جهة المؤجر فملك بحسب التمليك، وهذه الأوجه شبيهة بالأوجه المذكورة فيما إذا نوى بوضوئه استباحة صلاة بعينها ونفى غيرها، ومحل ما ذكرناه: إذا لم يُعَين الحنطة للمستأجر على زراعتها، أما لو عينها بأن قال: أجرتك لتزرع هذه الحنطة، فإن قال: ولا تزرع غيرها، ففي التهذيب: الجزم بالفساد، وإن لم يتعرض للنفي، فعن ابن القطان حكاية وجهين:

أحدهما: أن العقد فاسد؛ لأن تلك الحنطة قد تتلف فتتعذر الزراعة.

والثاني: وهو اختيار القاضي ابن كج: أنه كتعيين الجنس، وهو ما حكاه

---

(١) سقط في د.

الماوردي مستشهدًا به على داود في أصل المسألة.

فرع: لو زرع [الذرة أو الأرز، والإجارة واقعة على زراعة القمح؛ فللآجر إجباره على القلع؛ لتعديه، وهل يكون ضامنًا لرقبة الأرض حتى يضمن قيمتها إذا غصبت أو تلفت بسيل [مثلا؟][(١)] فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول الشيخ أبي حامد أنه يضمنها.

والثاني: وهو الأصح في الحاوي لا؛ لأن تعديه في المنفعة، لا في الرقبة، ثم إذا قلع الزرع، نظر: فإن أمكن زراعة الحنطة زرعها، وإلا لم تزرع، وعليه [الإجارة][(٢)] لجميع المدة؛ لأنه المفوت للعقد على نفسه.

ثم إن لم تمض مدة لمثلها أجرة فذاك، وإن مضت فما المستحق؟ الحكم فيه كما لو لم يتفق القلع حتى مضت المدة، وحصلت الذرة، وحاصل ما قيل فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: وهو ما نص عليه في المختصر، وبه قطع أبو علي الطبري، والقاضي أبو حامد، وكذا ابن سريج؛ كما حكاه ابن كج والماوردي: أن المالك بالخيار بين أن يأخذ المسمى في مقابلة زرع القمح وأجرة المثل فيما زاد على ذلك، وبين أن يأخذ أجرة المثل [في زراعة][(٣)] الذرة؛ لأنه أخذ شبها من أصلين: من الغصب؛ لأنه ابتدأ بالزرع وهو غير مأذون له فيه، ومن استئجار البهيمة إلى موضع فيجاوزه، فلما أخذ شبهًا منهما خير بينهما.

والثاني: وهو اختيار المزني والقاضي الحسين أن الواجب المسمى وأجرة المثل للزائد، كما سنذكره فيما إذا اكترى دابة إلى موضع، فجاوزه؛ وهذان القولان لم يحك ابن القطان سواهما.

والثالث: أن الواجب أجرة المثل، وهو الذي صححه الروياني، وهو مع الذي قبله أثبتهما المزني وأبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة، وحَمَلَا تخيير [الشافعي عليهما][(٤)]، وهي الطريقة التي جعلها الرافعي أظهر، وحكاها الشيخ أبو حامد ومن تابعه، والقاضي الحسين عن ابن سريج أيضًا.

وقد بنى الشيخ أبو محمد في السلسلة قول الرجوع بأجرة المثل: على أن

---

(١) سقط من جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: لزراعة.
(٤) في جـ: المزني عليها.

البائع إذا أتلف المبيع قبل القبض ينفسخ العقد، ويقدر كأن العقد لم يكن، وقول التخيير: على أن البيع لا ينفسخ، ويثبت للمشتري الخيار.

قال الرافعي: وهذا البناء ليس بواضح؛ لأن المكري(١) هو الذي يقع في رتبة البائع، ولم يوجد منه إتلاف، وإنما المكتري(٢) هو الذي فوت المنفعة على نفسه فكان بإتلاف المشتري أشبه.

وهذا الخلاف بعينه يجري فيما إذا استأجر دارًا، فأسكنها الحدادين والقصارين، أو دابة ليحمل عليها قطنًا فحمل حديدًا، أو ليقطع بها مسافة إلى ناحية فقطع بها مسافة أخرى أطول من تلك، كما حكاه القاضي أبو الطيب وفيه نظر، وفيما إذا اكترى غرفة ليضع فيها مائة مَنٍّ مِنَ الحنطة فأبدلها الحديد(٣)، وفي كل صورة لا يتميز فيها المستحق عما زاد.

ولو استأجر للزراعة فغرس أو بنى، فالواجب أجرة المثل ومنهم من طرد الخلاف فيه.

قال: وإن استأجر دابة ليركبها أركبها مثله أي: في الطول والقصر والضخامة والنحافة كما يجوز أن يؤجرها من غيره، وعن المزني أنه لا يجوز وبنى(٤) عليه ما تقدم ومن طريق الأولى: جواز إركابه دونه، ولا يجوز أن يركبها [من](٥) هو فوقه؛ وهذا الحكم لا يختص بمسألة الدابة، بل هو جار في كل مستوفى؛ حتى إذا اكترى ثوبًا للبس يجوز أن يلبسه من هو مثله؛ وإذا استأجر دابة لحمل القطن كان له حمل الصوف والوبر والتبن وبالعكس، ولو استأجر لحمل الحديد كان له حمل الرصاص والنحاس، ولو استأجر لحمل القمح؛ كان له حمل قدره من الشعير؛ إن كان التقدير بالكيل؛ لأنه دون حقه. وإن كان التقدير بالوزن، فلا؛ لأن الشعير ينتفش، فهو كالقطن مع الحديد لا يجوز أن يوضع أحدهما مكان الآخر.

ولو استأجر دابة، ليركبها بإكاف، كان له أن يركبها بالسرج؛ [لأنه أخف، ولو عكس لم يجز؛ قاله القاضي الحسين.

ولو اكتراها لحمل متاع، فأبدل السرج](٦) بالإكاف، قال القفال: يجوز إذا لم يكن أثقل من السرج، ولو عكس لم يجز، قال الروياني: وفيه نظر عندي.

---

(١) في جـ، د: المشتري.
(٢) في جـ: المكري.
(٣) في د: بالحديد.
(٤) في جـ: ولنا.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في د.

ولو استأجر للحمل، فأراد أن يركب من لا يزيد وزنه على وزن المحمول، فقد أطلق الماوردي القول بالمنع.

وقال في التتمة: يرجع إلى أهل الصنعة؛ فإن قالوا: لا يتفاوت الضرران جاز، وإلا فلا.

ولو استأجر للركوب؛ فأراد أن يحمل، قال القاضي الحسين: له ذلك، إذا كان مثل ضرر الركوب أو دونه.

وقال الرافعي: الأظهر(١) المنع في الطرفين، وهو قضية ما في التهذيب.

وكما يجوز أن يركب مثله يجوز له إذا اكترى إلى بلد أن يركب إلى مثل تلك المسافة من ناحية أخرى إذا كان مثلها في السهولة والحُزُونة والأمن.

وفي الرافعي حكاية عن «شرح المفتاح» منع ذلك؛ لأنه قد يكون للمكري(٢) غرض في ذلك الموضع، وهو ما جزم به القاضي الحسين في ضمن فرع أوله: إذا اكترى دابة [ليركب فرسخين - لم يجز حتى يبين الجهة](٣).

قال: وإن أكل بعض الزاد [أي](٤) الذي قدره ووصفه حالة العقد كما هو المعتبر فيه.

[قال:](٥) وقيمته تختلف في المنازل جاز أن يبدله؛ لأن له فيه غرضًا [صحيحًا](٦)، قال: وإن لم تختلف ففيه قولان:

أحدهما: يبدله كما يبدل ما سرق منه أو(٧) تلف بغير الأكل أو أكل الجميع وكالحمل(٨) بدل الماء الذي شربه وهذا ما اختاره المزني، وهو الأصح في تعليق القاضي الحسين.

والثاني: لا يبدله اعتبارًا بالعرف المعهود فيه، وهو أن الزاد إذا فني بالأكل لا يبدل، وهذا الخلاف نازع إلى تعارض العرف واللفظ؛ فإن العقد تناول حمل كذا من موضع كذا إلى موضع كذا وهو شبيه بالخلاف المذكور في المشي في وقت الرواح.

---

(١) في د: الطاهر. (٢) في جـ: المكثري.
(٣) بدل ما بين المعقوفين في جـ: ليركبها شهرا يقتضيه كما حكيناه من قبل.
(٤) سقط في د. (٥) سقط في جـ. (٦) سقط في جـ.
(٧) في د: لو. (٨) في د: وكما.

وفي [البحر][(١)] أنه قيل: [إن][(٢)] الوجهين في النزول في وقت الرواح مأخوذان من هذين القولين، وهذه الطريقة هي الصحيحة .

وفي المهذب، والحاوي: ما يفهم إجراء الخلاف في الإبدال مطلقًا؛ فإنه قال: إذا أكل بعض الزاد فهل له إبداله؟ فيه قولان.

وقال أبو إسحاق: إن كانت أسعار الزاد في المنازل متساوية في الرخص والغلاء وكان انقطاعه مأمونًا لم يكن له الإبدال، وإن كان ينتقل إلى منازل يغلو فيها أثمان الزاد؛ فيبدل ولا يختلف القول فيه؛ لأن العرف [جار][(٣)] فيه.

قال: [وإن اكترى دابة إلى مكان، فجاوزه، لزمه المسمى في المكان؛ لأنه استوفى المنفعة المقابلة له]؛ فاستقر عليه؛ كما لو اشترى طعامًا فقبضه وزيادةً على وجه التعدي.

قال: وأجرة المثل لما زاد؛ لأنه تعدى بها فكان كالغاصب، ويخالف ما إذا اكترى لزراعة القمح فزرع الذرة حيث تجب أجرة مثل الجميع على قول؛ لأن ثم فعل المستحق لا يتميز عن الذي تعدى به؛ فلم يمكن إفراده بحكم، بخلاف ما نحن فيه.

وأيضًا: فإن ابتداء فعله ثم عدوان؛ فوجب أجرة المثل، والتعدي هنا إنما وجب بعد قطع المسافة؛ فكانت أجرة المثل واجبة إذ ذاك ولا خلاف أنه لا يضمن الدابة قبل المجاوزة، وأما بعدها، فيضمنها إن لم يكن صاحبها معها، وإن كان وتلفت في حال العلف والاستراحة فلا ضمان، وإن تلفت في حال الحمل فينظر: إن كان بسبب وقوع في بئر أو غيره ضمن جميع القيمة، وإن لم يحدث سبب ظاهر فكذلك على وجه في الرافعي في آخر الباب، والأصح: أنه لا يضمن الكل لكن هل يضمن النصف أو القسط؟ فيه خلاف سيأتي، وهذا إذا لم يشمل الكراء العود إلى الموضع الذي اكترى منه، أما إذا شمله كما إذا اكترى من مكة إلى مر الظهرن وليرجع إلى مكة فجاوزها إلى عُسْفان نظر فإن كان قد شرط عليه تسليمها[(٤)] بمكة فالحكم كما تقدم، صرح به الماوردي وفي صحة العقد مع هذا الشرط شيء سيظهر لك من بعد، وإن لم يشترط فإن كان الطريق بين مرٍّ

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: تسلمها.

وعسفان، كالطريق بين مرٍّ ومكة في السهولة والأمن والقدر ولم يقم [بمر][(١)] أكثر من المدة التي قدراها عند العقد [أو ما جرت][(٢)] العادة به عند الإطلاق لم يضمن بالخروج من مر، فإذا مضى القدر الذي [لو][(٣)] رجع إلى مكة [فيه][(٤)] لَوَصَلَ إليها، انقضى زمان استحقاقه ووجب عليه تسليم الدابة إلى المالك أو وكيله إن وجده ثم، وإلا[(٥)] فإلى الحاكم كما سنذكره، فإن تعدى ذلك ضمن.

فروع:

إذا اكترى دابة إلى بلد فبلغ عمارتها فللمكتري استرداد الدابة ولا يلزمه تبليغه داره كذا أطلقه بعضهم.

وقال الماوردي مثل ذلك فيما إذا كان البلد واسعًا أما إذا كان صغيرًا تتقارب أقطاره جاز أن يركب إلى منزله.

قلت: ويتجه أن يتخرج على القولين فيما إذا استأجر حمالاً يحمل وقرًا إلى داره، وهي ضيقة الباب هل عليه إدخاله الدار [أم لا؟][(٦)].

ووجه الثبوت: النظر إلى العرف[(٧)]، ثم على الأول: إذا لم يكن صاحب الدار

---

(١) سقط في جـ. (٢) في د: وما جرى. (٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د. (٥) في د: قال. (٦) سقط في جـ.
(٧) قوله: فروع: إذا اكترى دابة إلى بلد فبلغ عمارتها، فللمكري استرداد الدابة، ولا يلزمه تبليغه داره، كذا أطلقه بعضهم.
وقال الماوردي: مثل ذلك إذا كان البلد واسعًا، فإن كان صغيرًا فله أن يركب إلى منزله.
قلت: ويتجه أن يتخرج على القولين فيما إذا استأجر حمالًا لحمل وقر إلى داره وهي ضيفة الباب هل عليه إدخاله الدار أم لا؟ ووجه الثبوت النظر إلى العرف انتهى كلامه.
وهو يقتضي أن القول الثاني في الحمال هو وجوب إدخال الحطب إلى الدار بل لا يستقيم التخريج الذي يحاوله إلا بذلك، و الذي ذكره غلط، بل الثاني إنما هو فساد العقد، وسبب الغلط أن الرافعي في أواخر هذا الباب عن زيادات العبادي فقال: وإنه إذا استأجر حمالًا ليحمل وقرًا إلى داره وهي ضيقة الباب، هل عليه إدخاله الدار؟ فيه قولان للعرف هذا كلامه، وتبعه عليه في الروضة، وهو يقتضي الجزم بصحة العقد، وإن القولين في الإدخال وعدمه فراجعت نسختين من «الزوائد» المذكورة، أحدهما بخط الفخر بن عساكر شيخ الشام في وقته وبمقابلته أيضًا، فرأيته قد عبر بقوله فيه قولان:
أحدهما: يجب للعرف.
والثاني: أنه يفسد إلا أن يشترطه، هذه عبارته فلما توهم ابن الرفعة من عبارة الرافعي ما توهم صرح به فوقع في صريح الغلط، واعلم أن مدرك الإفساد يعارض العرف واللفظ، وأن تقييد المسألة بالباب الضيق عندنا، بل الملك لا معنى له.
والوقر: بكسر الواو، وهو الحمل قاله الجوهري. [أ و].

معها عليه أن يسلمها إلى وكيله إن كان له وكيل هناك، وإلا فإلى الحاكم فإن لم يكن [هناك][(١)] حاكم فإلى أمين فإن لم يجد أمينًا ردها أو استصحبها إلى حيث يذهب كالمودع يسافر بالوديعة للضرورة.

إذا اكترى دابة إلى مكة لم يكن له الحج عليها، وإن اكتراها ليحج عليها ركبها إلى منى [ثم إلى عرفات ثم إلى المزدلفة ثم إلى منى ثم إلى مكة للطواف، وهل يركبها من مكة إلى منى][(٢)] لأجل الرمي؟ فيه وجهان:

قال: **وإن حمل عليها أكثر مما شرط** أي: مما لا يقع التفاوت به بين الكيلين **فتلفت وهي في يده** أي: بسبب ذلك **ضمن قيمتها**[(٣)]؛ لأنه صار غاصبًا، وأبدى القاضي ابن كج احتمالاً في أنه لا يضمن الكل.

قال: **وإن كان صاحبها معها ضمن نصف القيمة في أحد القولين**؛ لأن تلفها بمضمون وغيره فقسمت القيمة عليهما نصفين؛ كما لو جرحه واحد جراحة وآخر جراحات، وهذا ما صححه الشيخ أبو محمد في السلسلة. **والقسط في الآخر** مؤاخدة له بقدر الجناية، [وهذا ما رجحه الإمام وغيره، وحكى القاضي الحسين عن بعضهم القطع به.

فعلى هذا: إذا استأجر على حمل أربعين رطلاً فحمل عليها خمسين؛ ضمن خمس[(٤)] قيمتها، ويخالف الجراحة؛ لأن هنا[(٥)] التوزيع متيسر، بخلاف الجراحات، فإن مكانتها[(٦)] لا تنضبط، ولا معنى لرعاية مجرد العدد. وأصل هذا الخلاف: ما إذا أمر الإمام الجلاد أن يضرب الشارب ثمانين فضربه إحدى وثمانين، فمات [المجلود][(٧)] كم يضمن [الجلاد][(٨)] وفيه الخلاف المشهور، وفي شرح المختصر حكاية قول ثالث: أنه يضمن جميع القيمة؛ كما لو انفرد باليد وبعضهم حكاه وجهًا.

أما إذا كانت الزيادة مما يقع التسامح بها كالمكوك والمكوكين، فلا ضمان عليه بسببه ولا أجرة؛ قاله البندنيجي وغيره.

ولو تلفت الدابة بسبب غير الحمل، فإن تلفت في يده ضمنها، وإلا فلا

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: ضمنها.
(٤) في جـ: نصف.
(٥) في د: هناك.
(٦) في د: نكابتها.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ، د.

ضمان؛ لأنا حيث ضمناه في المسألة قبلها، ضمناه بالجناية، ولا جناية.

وعلى كل حال فما الواجب عليه من الأجرة؟

حاصل ما قيل فيه أربعة أقوال: ثلاثة منها ذكرناها فيما إذا استأجر [لزراعة القمح][(١)] فزرع الذرة.

ورابعها: أنه يخير المالك بين أخذ المسمى وما نقص من الدابة بسبب الزيادة، وبين أن يأخذ أجرة المثل والمشهور أن عليه أجرة المثل لما زاد.

فرعان:

أحدهما: إذا لم يحمل المستأجر على الدابة شيئًا بنفسه، ولكن سلم ذلك إلى الآجر حتى حمله على البهيمة نظر: إن كان الآجر جاهلًا بالحال بأن لبس عليه وقال: إنه القدر المستأجر عليه، وهو كاذب، ففيه طريقان: أحدهما: أن الحكم كما لو حمله المستأجر بنفسه.

والثاني: وهو ما حكاه القاضي الحسين أن المسألة على قولين في تعارض المباشرة والغرور، فإن اعتبرنا الغرور فهو كما لو حمله المستأجر أيضًا وهذا هو الظاهر، وبه أجاب الغزالي، وإن اعتبرنا المباشرة فلا ضمان ولا أجرة للزائد، وإن كان المكري عالمًا بالزيادة نظر: إن لم يقل المكتري شيئًا ولكن حمله المكري فلا ضمان ولا أجرة، ولا فرق بين أن يضعه على الأرض فيحمله المكري على البهيمة أو بين أن يضعه على ظهر الدابة وهي واقفة فيسيرها المكري. وإن قال المستأجر للآجر: احمل هذه الزيادة[(٢)] فأجابه، قال في التتمة: فهو مستعير للدابة في الزيادة فلا أجرة، ويجب الضمان، وفي كلام الأئمة ما ينازع فيه.

الثاني: إذا كال المكري وحمل على البهيمة؛ فلا أجرة له لما زاد؛ سواء كان غالطًا أو عامدًا[(٣)] وسواء كان المكتري جاهلاً بالزيادة أو عالمًا فسكت، ولا يجب عليه ضمان البهيمة.

وللمستأجر مطالبة المكري بردها إلى الموضع المنقول منه، وليس للمكري ردها بدون رضى المستأجر، ولو لم يعلم المكتري حتى عاد إلى البلد المنقول منه، فله أن يطالب المكري بردها.

---

(١) في د: للقمح. (٢) في جـ: الزائدة. (٣) في جـ: عالمًا.

وأصح الوجهين، أو القولين: أن له[١] المطالبة ببدلها في الحال؛ كما لو أبق العبد المغصوب من يد الغاصب، كذا حكاه الرافعي والبندنيجي.

وحكى الماوردي الخلاف على غير هذا النحو فقال: لو دعا المالك إلى المطالبة برد العين ودعا الجمال إلى رد مثلها في الحال؛ ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق، وابن أبي هريرة: أن القول قول رب المال، وله أن يأخذ الجمال بالرد؛ كالغاصب.

والثاني: أن القول قول الجمال؛ لأن الزيادة لما اتصلت فارقت حكم الغصب وصارت كالمستأجر عليها، وهذا إذا كان المحمول مما له مثل، أما إذا كان لا مثل له كالدقيق والسويق؛ لزم الجمال ردُّ الزيادة بعينها على الوجهين معًا.

قال: ولدمكتري أن يكري ما اكتراه بعد قبض العين): أي من الآجر وغيره؛ لقوة حاله بقبض المعقود عليه، ولا يجوز أن يكري قبل القبض من غير المكري في أصح الوجهين[٢])؛ لنهيه ﷺ عن بيع ما لم يقبض، والإجارة بيع؛ ولأنه ملك المنافع بعقد معاوضة؛ فلم يكن له أن يعقد عليها عقد معاوضة قبل القبض كالمبيع[٣] وهذا ما صححه الإمام هنا أيضًا، وادعى عند الكلام في التصرفات في المبيع[٤] قبل القبض نفي خلافه.

والوجه الثاني: أنه يجوز؛ لأن المعقود عليه المنافع، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين فلم يؤثر فيها القبض، وهذا قول ابن سريج.

وأجاب القاضي أبو الطيب عما ذكره [أبو العباس][٥] بأن قبض المكتري يتعلق به الضمان؛ بدليل أن المدة إذا انقضت في يد الآجر، كانت من ضمانه، ولم تستقر له الأجرة، وإذا انقضت المدة والعين في يد المستأجر استقرت عليه الأجرة، ولزمه ضمان المنافع؛ فثبت بهذا أن القبض ينقل[٦] الضمان؛ فصار بمنزلة قبض الأعيان.

وقد بنى الماوردي الوجهين على الخلاف السابق في أن مورد عقد الإجارة ماذا؟ فإن قلنا: موردها العين؛ لم يصح، وإلا صحت.

وهذا البناء يقتضي أن يكون الصحيح الصحة؛ فإن الأصح عنده وعند غيره: أن مورد الإجارة المنفعة.

---

(١) في جـ: إزالة.
(٢) في التنبيه: القولين.
(٣) في جـ: كالبيع.
(٤) في جـ: البيع.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: نقل.

قال: **ويجوز من المكري** أي: قبل القبض **في أصح الوجهين**؛ لأن المعقود [عليه][(١)] في قبضه [وهذا قول ابن سريج.

والوجه الثاني: لا يصح كما لا يصح بيع المبيع من بائعه قبل قبضه على الأصح][(٢)]، وهذا ما صححه في «البيان».

وقال أبو الطيب: إنه المذهب المشهور.

وفي تعليق للبندنيجي أنا إذا جوزنا الإجارة من الأجنبي فمنه أولى، وإلا فوجهان، كما قلنا إن بيع المبيع قبل القبض من الأجنبي لا يصح، وفي صحته من البائع وجهان، وعند الاختصار يكون في صحة الإجارة قبل القبض من الأجنبي والآجر ثلاثة أوجه:

ثالثها: يصح من الآجر دون الأجنبي، وهكذا فعل في المهذب.

ولا فرق فيما إذا أجرها من الآجر أو من غيره بين أن يكون بقدر الأجرة الأولى أو أكثر منها أو أنقص، و[قد ذكرت في البيع: أنه إذا باع المبيع من البائع قبل القبض بقدر الثمن الأول: أنا إن جوزناه بغير جنس الأول وقدره، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان؛ لأن ذلك في معنى الإقالة. ويظهر جريان مثل هذا هنا.

واعلم أن كلام الشيخ يقتضي أن استئجار الآجر ما أجره من مكتريه بعد القبض جائز، وإنما الخلاف فيما قبل القبض وهو ما أورده القاضي أبو الطيب والجمهور.

وقد حكى الماوردي وطائفة من المراوزة في صحة ذلك بعد القبض وجهين -أيضًا- لكن الماوردي بناهما على اختلاف بين أصحابنا في أن المنافع تحدث على ملك الآجر أو على ملك المستأجر؟ فإن قلنا بالأول صح، وإلا فلا.

وغيره بنى ذلك على خلاف سيأتي في أن المستأجر إذا ابتاع العين المستأجرة، هل تنفسخ الإجارة أم لا؟ فإن قلنا بانفساخها لأجل أن ملك الرقبة وملك المنفعة بالإجارة لا يمكن امتنع الاستئجار هنا؛ لأن الملك إذا قطع الدوام فمنعه الابتداء أولى.

وإن قلنا: لا تنفسخ الإجارة لم يمتنع الاستئجار هنا[(٣)]؛ لأنه قد عقل أن يجتمع الملك في الرقبة والملك في المنفعة بالإجارة.

ومنهم من علل وجه المنع بأنه: لو صح لأدى إلى أن يكون الشيء مضمونًا له

(١) سقط في ج. (٢) سقط في د. (٣) في د: هاهنا.

وعليه؛ لأن الضمان لم ينتقل بالقبض عنه إلى المستأجر، وذلك لا يجوز.

وقد نسب بعضهم وجه المنع إلى ابن سريج، ووجه الجواز إلى ابن الحداد، وعد ذلك من مناقضاته؛ لأنه حاكم بانفساخ[١] الإجارة إذا اشترى المستأجر ما استأجره؛ لامتناع اجتماع الملك والإجارة.

وذكر عن الشيخ أبي علي أنه قال: فإن قال من يضره الاستئجار السابق لم يمنع صحة الملك اللاحق كذلك الملك السابق، وجب ألا يمنع صحة الاستئجار اللاحق لكن تنفسخ الإجارة إذا [اجتمع الأمران][٢] كما انفسخت هناك.

فالجواب: أن ما ينفسخ إذا كان سابقًا وجب ألا يصح [إذا كان طارئًا على الملك][٣][٤].

قلت: وقد يظهر في دفع ما قدر ابتداؤه انتصارًا لابن الحداد أمرًا آخر، وهو أن ابن الحداد لا يقول مع القول بصحة الإجارة بانفساخها ولو قال به لكان ملازمًا للانعقاد، وحينئذ فلا يكون للقول بصحتها ؛معنى لأنها إذا انفسخت عادت المنفعة إلى الذي أجره وهو المستأجر، وكل ما لا يترتب عليه ما هو المطلوب منه فهو باطل.

فرع: إذا أجر الحر نفسه، ومكن المستأجر من منافعه، فهل يجوز له أن يؤجره، بناء على منع الإجارة قبل التسليم؟ فيه وجهان، أصلهما: أن الحر إذا سلم نفسه إلى المستأجر، فلم يستعمله، هل يستحق الأجرة بمضي المدة أم لا؟

فإن قلنا: تستقر الأجرة، فقد جعلناه قابضًا للمنافع؛ فيعقد عليها.

وإن قلنا: لا تستقر؛ فلم نجعله قابضًا للمنافع؛ فلا يعقد عليها.

والذي صار إليه الأكثرون: أن له الإيجار ولو كانت الإجارة على عمل في الذمة، ففي جواز نقلها للغير كلام نذكره في أواخر الباب.

قال: وإن تلفت العين المستأجرة، أي: مثل إن كانت أرضًا فغرقها السيل أو حيوانًا فمات أو ثوبًا فاحترق بعد القبض في أثناء المدة.

قال: انفسخت الإجارة فيما بقي، لفوات المعقود عليه - وهو المنفعة - قبل

---

(١) في جـ: بفسخ.
(٢) في د: حصل الاجتماع.
(٣) في د: إذا طرأ على ما لا ينقطع.
(٤) في د: زيادة: ؛ ألا ترى أن النكاح لما انفسخ بطرءان ملك اليمين، وإن كان سابقًا لم يصح إذا طرأ على الملك.

قبضها؛ لأنها إنما تحدث شيئًا فشيئًا، وما سبق من القبض، فأثره[١] في جواز التصرف [وجواز التصرف][٢] لا ينافي الفسخ؛ كما يجوز للبائع التصرف في الثمن قبل القبض [ويملك الفسخ بسبب الإفلاس به.

وذهب أبو ثور إلى أن العقد لا ينفسخ؛ لأنه تلف بعد القبض][٣] المستحق بالعقد؛ فأشبه تلف المبيع بعد القبض، حكى عنه ذلك القاضي أبو الطيب وغيره، وحكى عنه القاضي الحسين أن المنفعة تدخل في ضمان المستأجر بنفس العقد كما أن مذهبه دخول المبيع في ضمان المشتري بمجرد العقد.

قال: دون ما مضى أي: إذا كان لمثله أجرة؛ لاستقراره بالقبض وهذا ما دل عليه أكثر الأصحاب، وهو الأصح في البحر وغيره.

قال: وقيل فيما مضى قولان:

وجه الامتناع ما ذكرناه.

ووجه مقابله: أن العقد واحد، فلا سبيل إلى فسخه في شيء دون شيء، وقد انفسخ في شيء، فوجب أن ينفسخ في الباقي]، وهذا الخلاف أصله ما إذا باع عبدين فتلف أحدهما قبل القبض فإن العقد ينفسخ فيه وهل ينفسخ في الباقي؟ على طريقين، أما إذا لم يكن لما مضى أجرة، انفسخ في جميع[٤] المدة .

ولا فرق في جريان الخلاف بين أن يكون التلف بآفة سماوية، أو بإتلاف المستأجر.

وعن ابن أبي هريرة: أنها إذا تلفت بفعل المستأجر، استقرت عليه الأجرة؛ كما يستقر الثمن على المشتري بإتلافه المبيع.

والمذهب الأول؛ لأن البيع ورد على العين؛ فجعل إتلافها قبضًا، والإجارة وردت على المنافع، ومنافع الزمان المستقبل معدومة لا يتصور ورود الإتلاف عليها.

التفريع:

إن قلنا: ينفسخ العقد فيما مضى، فالواجب على المستأجر أجرة المثل، وله استرداد ما دفعه، فإن كان من نوع أجرة المثل، جاءت فيه أقوال التقاص.

وإن قلنا: لا ينفسخ، فهل يثبت للمستأجر الخيار؟

---

(١) في د: فائدة. (٢) سقط في جـ. (٣) سقط في د. (٤) في جـ: مضي.

قال في البحر: إن كانت الأجرة[1] عرضا، فنعم؛ لتضرره بالتبعيض.

وإن كانت نقدًا، فلا؛ إذ [لا تبعيض][2].

ومنهم من خرجه على وجهين.

والماوردي وغيره حكوا الوجهين مطلقًا، وصحح الإمام والبغوي منهما المنع؛ لأن المنافع قد صارت مستوفاة مستهلكة.

والذي أجاب به ابن الصباغ والبندنيجي وآخرون - الثبوت، وإيراد القاضي الحسين يقتضي ترجيحه في موضع، وجزم به عند الكلام في حصول السيل على الأرض في بعض المدة؛ لأن جميع المعقود عليه لم يسلم له.

فعلى هذا: إن فسخ؛ فالحكم كما تقدم.

وإن أجاز، أو قلنا: لا خيار له.

قال الرافعي: وجب قسط ما مضى من المسمى والتوزيع يكون على قيمة منفعة المدتين، لا على قدر المدتين، فإذا كانت الإجارة على سنة، و[قد][3] مضت أربعة أشهر في يد المستأجر، وأجرة مثلها مائة، وأجرة باقي السنة خمسون استقر عليه ثلثا الأجرة.

والاعتبار في حالة التقويم بحالة العقد دون ما يطرأ من بعد، كما صرح به القاضي الحسين وغيره.

وفي الحاوي والبحر حكاية قول مخرج: أنه إذا أجاز، فليجز بكل الأجرة، أو يفسخ، كما قيل في البيع.

واعلم أنه يلتحق بتلف العين المستأجرة في انفساخ الإجارة طرآن الحيض على من استؤجرت عينها لكنس المسجد في أثناء المدة أو ابتدائها، دون ما إذا ألزمت ذمتها كنسه؛ لإمكان تفويضها الكنس إلى غيرها، وأن تكنس بعد الاغتسال.

وكان بعض مشايخنا يقول: ينبغي في الصورة الأولى أن يخرج الانفساخ على الخلاف الآتي فيما إذا تلف الثوب المستأجر على خياطته حتى يقال: على وجه لا ينفسخ، وتكنس قذر المسجد.

قلت: وقد يجاب عن ذلك بأن كلام الأصحاب محمول على ما إذا وقع الاستئجار بالريع المرصد لذلك أو هو الغالب وإذا كان كذلك فكنس غيره غير

---

(١) في جـ: الإجارة. (٢) في د: لا يتبعض. (٣) سقط في جـ.

ممكن فلذلك جزم فيه بالانفساخ، ثم على تقدير أن تكون الإجارة قد وقعت من آحاد الناس بماله فيشبه أن يكون القول بصحتها كالقول في الاستئجار على الآذان، فإن صح فقد ملك المسلمون تلك المنفعة، وفي استعمال المرأة في كنس [غير][(١)] المسجد تفويت لتلك المنفعة على مستحقها وذلك لا يجوز.

قال: فإن وجد به عيبًا أو حدث فيه[(٢)] **عيب**؛ أي: والعقد على عينه ثبت له خيار الفسخ؛ لتضرره بالبقاء، كذا أطلقه الجمهور.

قال الرافعي: والوجه ما قاله المتولي، وهو أنه إن أراد أن يفسخ في جميع المدة، فهو كما لو اشترى عبدين، فتلف أحدهما، ثم وجد بالقائم عيبًا، وأراد الفسخ فيهما.

وإن أراد الفسخ فيما بقي من المدة، فهو كما لو أراد الفسخ في العبد القائم وحده، وحكمهما مذكور في البيع.

ومهما امتنع الفسخ، فله الأرش.

ثم هذا الخيار، هل هو على الفور أو على التراخي؟

قال في الحاوي: إنه على التراخي؛ لأنه يتجدد بمرور الأوقات لحدوث النقص فيها، فلو أجاز [العقد][(٣)] ثم أراد أن يفسخ، قال الرافعي في أواخر الباب: ينظر: إن كان ذلك العيب لا يرجى زواله - كما إذا انقطع الماء، ولم يتوقع عوده - فليس له الفسخ؛ لأنه عيب واحد وقد رضي به.

وإن كان بحيث يرجى زواله، فله الفسخ ما لم يزل؛ لأنه يقدر [كل ساعة][(٤)] زواله فيتجدد الضرر، وهذا كما قلنا في زوجة المولى إذا تركت المطالبة بعد انقضاء مدة الإيلاء، وكما لو استأجر عبدًا، فأبق قبل القبض، وأجاز، ثم أراد الفسخ فإن له ذلك ما لم يعد، فلو زال العيب قبل علم المستأجر بزواله؛ كما إذا تشعثت[(٥)] الدار، فلم [يختر المستأجر][(٦)] الفسخ حتى عمرها المؤجر ففي بقاء الخيار وجهان في البحر.

قال: . . . فإن فسخ لزمه أجرة ما مضى أي إذا كان لمثله أجرة؛ لأنه مضمون بالعقد، أما إذا لم يكن لمثله أجرة فلا شيء عليه واسترجع الأجرة إن كان قد

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: به.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: على.
(٥) في د: اتسعت.
(٦) في د: يجز للمستأجر.

دفعها، ثم المرجوع به إذا كان لمثل ما مضى أجرة ماذا؟ قال الأصحاب: ذلك ينبني على أن الفسخ في هذه الحالة يرفع العقد من حينه أو أصله، وفيه الطريقان السابقان، فإن رفعه من أصله كان اللازم أجرة المثل، وإن رفعه من حينه فاللازم ما يقابل المدة من المسمى على النعت الذي تقدم وعلى هذا ينبغي ملاحظة ما قاله المتولي، ولو أجاز المستأجر العقد استحق عليه جميع المسمى.

وفي ابن يونس: أنه قيل: تقوم المنفعة سليمة من العيب [وتقوم وبها][(١)] ذلك العيب، ثم تقسم الأجرة على القيمتين، فيجب عليه من الأجرة بقدر ما يخصها من العيب وتسقط الزيادة على ذلك، وهذا لم [أره لغيره][(٢)] فيما وقفت عليه على هذا النحو بل المذكور في المهذب: أنه إذا اكترى دارًا فتشعثت فبادر المكري إلى إصلاحها لم يكن للمستأجر ردها فإن لم يبادر ثبت له الفسخ؛ لأنه يلحقه ضرر بنقصان المنفعة وإن رضي بسكناها ولم يطالب بالإصلاح فهل يلزمه جميع الأجرة فيه وجهان:

وجه عدم اللزوم: أنه لم يستوف جميع ما استحق من المنفعة فلم تلزمه جميع الأجرة كما لو اكترى دارًا سنة فسكنها بعض سنة ثم غصبت، فإن كان الشيخ عنى بالتشعث ما يفهم في العرف من تكسير البلاط وزوال بعض البياض وانكسار جزع ونحو ذلك، فكلام ابن يونس موافق[(٣)] لكن يشكل على ذلك الفرق بين ذلك وبين [ما إذا اطلع][(٤)] المشتري على عيب بالمبيع وأجاز فإنه لا يرجع بالأرش، وإن كان الشيخ قد عنى بالتشعث زوال سقف الدار [ونحوه فالخلاف الذي ذكره يشبه أن يكون مبنيًّا على أن إحراق سقف الدار][(٥)] هل ينزل بمنزلة تلف أحد العبدين أو منزلة اليد من العبد؟ وفيه خلاف مذكور فيما تقدم، فمن قال: يخير بالقسط بناه على أنه كأحد العبدين، ومن قال: يخير بجميع المسمى بناه على أنه كاليد من العبد، وعلى هذا فالحكم في البيع والإجارة واحد ولا يكون كلام ابن يونس منطبقًا على هذا، واعلم أن العيب الذي يثبت الخيار في الإجارة: هو ما يؤثر في المنفعة تأثيرًا يظهر به [تفاوت الأجرة، لا ما يظهر به][(٦)] تفاوت قيمة الرقبة، فإن مورد العقد المنفعة، وذلك مثل: مرض العبد، وضعف

---

(١) في د: ويقوم بها.
(٢) في د: نره في غيره.
(٣) زاد في د: لماله.
(٤) في د: ما أدركه.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.

بصره، والجذام، والبرص في المستأجر للخدمة دون المستأجر لرعي المواشي والبناء، وكون لبن المرضعة لا يستمرئ الطفل [به][(١)] لعلة في اللبن؛ كما صرح به الماوردي، وكون الطفل لا يقبل لبن المرضعة، على أحد الوجهين في تعليق القاضي الحسين.

وحكى الرافعي في هذه الصورة وجهين:

أحدهما: ينفسخ.

والثاني: يبدل الصبي بغيره.

وكذا كون الأجير كافرًا والمستأجر عليه بناء مسجد أو نحر أضاحي، ووقع العقد على عينه وإن وقع على ذمته، قيل له: إن استَنَبْتَ مسلمًا؛ فلا خيار للمستأجر، وإن أردت أن تفعل بنفسك، كان للمستأجر الخيار؛ قاله الماوردي.

ومرض الدابة وعرجها بحيث تتأخر عن القافلة عيب، وكذا [لو كان][(٢)] البعير المستأجر للركوب صعب الظهر أو خشن السير.

و[كذا][(٣)] انهدام حائط في الدار، وانكسار جذع فيها - عيب؛ ولكن[(٤)] لو بادر الآجر إلى الإصلاح؛ فلا خيار.

وتغير ماء البئر في الدار المستأجرة بحيث يمنع الشرب - إن كانت العادة بالشرب من الآبار - عيب. وكذا إن لم تكن العادة جارية بالشرب منها ومنع تغيره الطهارة.

ولو قال ماء البئر، فإن كان معهودًا في وقته، فلا خيار. وإن كان غير معهود في ذلك الوقت فإن كان مع نقصانه كافيًا لما يحتاج إليه المستأجر من شرب أو طهارة[(٥)] - فلا خيار، وإن قصر عن ذلك، فله الخيار، وتغير ماء الرحا لا يثبت الخيار وكذا نقصه في الوقت المعتاد ويثبت إذا نقص في غير وقته وعدم دخول الناس الحمام؛ لفتنة حادثة أو خراب الناحية - عيب؛ صرح به في البحر.

وفي الحاوي: أن خراب ما حول الدار المستأجرة، وبطلان السوق الذي فيه الحانوت المستأجر - لا يثبت الخيار؛ لأنه عيب حدث في غير المعقود عليه ولا فرق في ثبوت الخيار بالعيب على المذهب بين أن يكون قد حصل بآفة سماوية أو بفعل المستأجر.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: كون.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: لكن.
(٥) في د: طهر.

وقال الإمام: قد يختلج في الصدر خلاف، وذلك إذا حصل بفعل المستأجر؛ لتضمن الرضا بالعيب.

قال: فإن كانت دارًا فانهدمت أو أرضًا فانقطع ماؤها، ففيه قولان:

أحدهما: تنفسخ[١]؛ لأن المقصود السكنى والزراعة وقد فات ذلك فأشبه موت العبد المستأجر، فعلى هذا يكون الحكم في الانفساخ وغيره كما تقدم.

والثاني: يثبت له الخيار[٢] لأن بعض المعقود عليه موجود والانتفاع به على الجملة ممكن [فأشبه العيب وهذه الطريقة هي المشهورة.

وقيل: في الانهدام تنفسخ؛ لأنها لا تبقى دارًا وفي انقطاع الماء لا تنفسخ؛ لأن مسمى الأرض باقٍ [والزرع ممكن][٣] بالأمطار، وسوق ماء آخر إليها؛ وهذا ظاهر النص في الصورتين، وهو الأصح حيث يثبت الخلاف.

ثم إذا قلنا بثبوت الخيار، فينظر: فإن كان الانهدام أو الانقطاع طرأ قبل مضي مدة لمثلها أجرة، كان بالخيار بين أن يخير[٤] بكل الأجرة أو يفسخ.

وقيل: إن اختار[٥] الإجارة، كانت بالحصة؛ وفي هذا نظر.

وإن كان بعد مضى مدة لمثلها أجرة؛ فله الخيار في المستقبل، وهل له الخيار في الماضي؟ فيه وجهان في الحاوي.

فإن أثبتنا[٦] له الخيار في الماضي والمستقبل، فاختار الإجازة في الماضى والفسخ في المستقبل لزمه حصة الماضي من المسمى.

قال الماوردي: وقد خرج قول آخر: أنه إن أقام على الماضي بكل الأجرة وإلا فينفسخ[٧].

ومحل ثبوت الخيار في الأرض إذا امتنعت الزراعة، أما لو قال الآجر: أنا أسوق إليها الماء من موضع آخر، وساقه سقط الخيار؛ كما لو بادر إلى إصلاح الجدار.

قال: وإن غصبت العين حتى انقضت المدة فهو كالمبيع إذا تلف قبل القبض وقد بيناه في البيع، استغنى الشيخ - رضي الله عنه - بما ذكره في البيع عن الإعادة هنا فلا بدل من تجدد العهد به فنقول: إذا غصب العين المستأجرة أجنبي

---

(١) في التنبيه: ينفسخ.
(٢) في التنبيه: خيار الفسخ.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: يجبر.
(٥) في د: اختيار.
(٦) في د: قلنا.
(٧) في د: فيفسح.

حتى انقضت المدة فهل تنفسخ الإجارة؟فيه طريقان:

أحدهما: حكاية قولين فيه كما هي طريقة الشيخ في البيع فالصحيح منهما: الانفساخ كما حكاه الماوردي، وهو نظير ما حكيناه في البيع عن أبي الطيب والمتولي، وقد حكى الرافعي أنه هاهنا منصوص عليه للشافعي وبه أجاب أكثر الأصحاب.

والقول الثاني: لا تنفسخ بل يثبت للمستأجر الخيار، وقد حكينا عن القاضي الحسين والإمام وغيرهما أنهم صححوه[١] في نظير المسألة من البيع، وكان مقتضى التشبيه أن يكون هو الصحيح عندهم هنا أيضًا كما صار إليه الروياني لكنهم رجحوا الأول هاهنا.

وقال الإمام في باب الوصية: إنه المذهب الصحيح.

وفرق القاضي الحسين في آخر باب التحالف بأن المعقود عليه في باب البيع المال وما وجب على الجاني مال والمال قابل للعقد ابتداء؛ فلهذا تعدى العقد من العين إلى بدلها بخلاف الإجارة فإن المعقود عليه المنفعة، وما وجب على المتلف للمنفعة مال والمال لا يقبل عقد الإجارة ابتداء؛ فلهذا لم يتعدَّ العقد من المعقود عليه إلى بدله؛ لأنه غير قابل لجنس العقد الذي ورد على أصله، وبهذا الفرق فرق المتولي أيضًا.

والطريق الثاني: لا تنفسخ قولاً واحدًا كما حكاه [الروياني][٢] وهو نظير الطريق الذي[٣] حكاها صاحب العدة عن أبي العباس في نظير المسألة في البيع.

وإن كان الغاصب الآجر بعد أن سلمها أو منعها ابتداء ولم يسلمها حيث وجب عليه التسليم ففيه طريقان:

أحدهما: القطع بانفساخ الإجارة.

والثاني: طرد القولين اللذين في غصب الأجنبي، صرح بهما[٤] الماوردي والمتولي، وإن كان الغاصب المستأجر استقرت عليه الأجرة كما تستقر عليه إذا أتلف المبيع.

وصورة غصبه: أن يأخذ العين من الآجر من غير إذنه قبل إقباضه الأجرة الحالة.

---

(١) في د: صححوا. (٢) سقط في د. (٣) في جـ: التي. (٤) في جـ: بها.

تنبيه: في قول الشيخ: حتى[(١)] انقضت المدة، ما يفهمك أن الخلاف المذكور في الانفساخ لا يطرد فيما إذا كان العقد على عمل معين؛ مثل: أن يستأجر بعيرًا ليركبه إلى موضع كذا فيغصب[(٢)] وتمضي مدة يمكن المضي فيها إلى ذلك الموضع كما صرح به في المهذب، وكلام الماوردي، والروياني في البحر يفهم أن الخلاف يطرد في هذه الحالة أيضًا فإنهما قالا بعد حكاية الخلاف في الانفساخ: إذا كان الغاصب أجنبيًّا.

والأصح: أنه لا يبطل فعلى هذا إن[(٣)] كان الركوب مقدرًا بمدة يُخير بين شيئين:

أحدهما: المقام على الإجارة والرجوع على الغاصب.

والثاني: فسخ الإجارة، وإن كان الركوب مقدرًا بالمسافة كان خياره بين ثلاثة أشياء:

- الفسخ والرجوع بالمسمى.
- الإجازة والرجوع على الغاصب.
- الإجازة[(٤)] وركوب البعير إلى المسافة.

وفي النهاية عند الكلام في موت الرضيع: حكاية خلاف عن العراقيين يعضد إجراء الخلاف الذي يفهمه كلام الماوردي [وسنذكره، وكذلك فيها، وفي الوسيط ما يقتضيه][(٥)]؛ فإنهما حكيا - فيما إذا حبس المكري الدابة ولم يسلم ولم يكن قد عين مدةً وجهين:

أحدهما: ينفسخ، واختاره الإمام بعد أن نسبه إلى المراوزة؛ لأن المدة وإن ذكرت فليست معينة، وإنما المطلوب المنفعة فيها فليكن الاعتبار بمضي زمان إمكان الانتفاع؛ ولأن المكتري لو حبسها هذه المدة استقرت عليه الأجرة كما لو حبسها المدة المسماة، فإذا سوينا بين نوعي الإجارة في حق المكتري؛ وجب أن نسوي بينهما في حق المكري.

والثاني:- وهو الذي أجاب به العراقيون - أنها لا تنفسخ.

قال في الوسيط: لكن[(٦)] يقال: قد تأخر حقه فله الخيار إن شاء؛ لأن الوقت

---

(١) في جـ: حيث.
(٢) في د: فيغصبه.
(٣) في جـ: إذا.
(٤) في د: الإجارة.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: ولكن.

غير معين[١].

قال الرافعي: وعدم الانفساخ به أجاب الأكثرون، ورواية الأصحاب في الخيار تخالف ما رواه فإنهم قالوا: لا خيار للمكتري كما لا خيار للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع مدة ثم سلم.

قلت: الوجه[٢] ما رواه الغزالي وبه أجاب الماوردي، ويخالف امتناع البائع من التسليم فإن الإجارة لا تراد للدوام ولا في كل وقت وزمان بل عند الحاجة إليها.

فإذا تعذر عليه السير في الوقت الذي استأجر فيه فقد فات المطلوب؛ فلذلك ثبت له الخيار، [والملك يراد للدوام، فأي وقت حصل فيه التسليم حصل الغرض؛ فلذلك لم يثبت له خيار. والله أعلم][٣].

فروع:

لو ابتدر الآجر حين الغصب إلى انتزاع المغصوب، فإن لم تمض مدة لمثلها أجرة، فلا خيار للمستأجر، واستحق عليه تمام المسمى.

وإن مضت مدة لمثلها أجرة، فإن قلنا بالانفساخ في مدة الغصب فالحكم كما سنذكره فيما لو هرب المكري، والعقد على منفعة، وهي مقدرة بالمدة.

وإن قلنا بعدم الانفساخ، ثبت له الخيار لا غير.

ولو قدر الآجر على انتزاع المغصوب من الغاصب، فهل يجب عليه ذلك؟ فيه وجهان: أصلهما ما إذا احتاجت الدار المستأجرة إلى إعادة جدار أو جذع أو مفتاح ضاع في يد المستأجر، وفيه خلاف:

مذهب العراقيين - وهو الأظهر-: أنه لا يجب عليه ذلك؛ لما فيه من إلزام عين لم يتناولها العقد؛ فأشبه ما إذا احتاجت الدار إلى باب أو ميزاب.

والذي صار إليه القاضي الحسين والشيخ أبو محمد: أنه يجب؛ توفيرًا للمنفعة؛ كما يجب عليه إقامة جدرانها، بل وإصلاح جذع منكسر وما يجري مجراه من مَرَمَّة لا يحتاج فيها إلى تجديد عين.

قال الرافعي: وكلام السرخسي يوهم طرد الوجهين في عمارة يحتاج إليها

---

(١) في د: متعين. (٢) في د: الأوجه. (٣) سقط في جـ.

لخلل قارن العقد كالباب، والميزاب. وإن جماعة[(١)] أجابوا بعدم الإجبار على إقامة الجذع ونحوه، ومنهم البغوي، والمتولي [والعراقيون كما حكاه الإمام،][(٢)] والدعامة التي تمنع الانهدام إذا[(٣)] احتيج إليها في معنى جذع [جديد][(٤)] أو في [معنى][(٥)] إقامة مائل، فيه تردد.

قال: وإن مات الصبي الذي وقعت الإجارة على إرضاعه انفسخ العقد على المنصوص، أي: في الجامع والنفقات من الأم؛ لتعذر الاستيفاء بتعذر الإبدال؛ لاختلاف الصبيان في الرضاع؛ فلهذا لم نكتف في الاستئجار عليه بوصف الرضيع بل اشترطنا رؤيته.

وقيل: فيه قول آخر؛ أنه لا ينفسخ؛ لأنه مستوفى به فلا تبطل الإجارة بموته كالراكب.

قال: فإن تراضيا على إرضاع غيره جاز؛ لأن الحق لهما ولا يعدوهما وإن تشاحًا أي: تمانعا في إرضاع غيره فسخ العقد لتعذر إمضائه، والفاسخ له - كما قال البندنيجي وغيره - المستأجر، ثم ظاهر كلام الشيخ يقتضي: أنه لا فرق في الرضيع بين أن يكون ولد المستأجرة أو لا.

وحكى الإمام [أن محل الخلاف][(٦)] فيما إذا كان غير ولدها، أما إذا كان ولدها: فإن فرعنا على أنها تنفسخ بموت الأجنبي فهنا أولى، وإلا فقولان منصوصان:

وجه الانفساخ: أن لبنها لا يدر على الأجنبي دروره على ولدها، ثم قال: وهذا ضعيف لا أصل له، والمصير إلى الانفساخ باطل مطلقًا.

قال في المهذب: وفي معنى موت الصبي أن يستأجر كحالاً فيبرأ أو من يقلع ضرسه فيسكن الوجع أو من يقتص له فيعفو عن القصاص فيكون على القولين، وقد حكى في مسألة الكتاب وجه: أن له إبدال الصبي مع بقائه، [وطرده متجه في باقي الصور [ومن أصحابنا][(٧)] من أقام قلع وتد مقام الضرس عن سكونه][(٨)].

وحكى القاضي في مسألة الاستئجار على قلع الضرس وجهًا: أن العقد لا

---

(١) في د، جـ: مجيبين.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: التي.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في د: وقد أبعد من أصحابنا.
(٨) سقط في جـ.

ينفسخ، بل يبقى في ذمته إلى وقت هيجان الوجع، فحينئذ يقلعه، وهو قريب مما حكيناه من قبل عن اختيار أبي الطيب.

وألحق الأصحاب بمسألة الرضيع ما إذا استأجره لرعي أغنام بأعيانها فتلفت، وما إذا استأجره لخياطة ثوب بعينه أو حفظه فتلف؛ كما حكاه الإمام، لكن الإمام حكى الخلاف في مسألة الثوب وجهين عن العراقيين، وقال: أصحهما أن العقد لا ينفسخ، وهذا[١] ما جزم به الماوردي عند الكلام في الأجير المشترك.

قال الإمام: وعلى هذا فقد حكى العراقيون وجهين فيما لو قال المستأجر: ليس عندي ثوب آخر، أو: لست آتي به والثياب عندي عتيدة[٢] في أن الأجرة تستقر إذا مضت [مدة][٣] يتأتى فيها العمل أو لا تستقر، وإذا مضت المدة انفسخت الإجارة؟ وهذا ما أشرت إليه من قبل، وقد جزم في التهذيب في كتاب الخلع بالانفساخ عند الامتناع من الإبدال للعجز.

والوجه المذكور في جواز إبدال الرضيع مع بقائه مطرد هنا[٤]، وقد حكاه المتولي، وصححه الإمام عن العراقيين في كتاب الصداق، وقال: إنه الأظهر، وقال: إن الممكن من الفرق على منع الإبدال - بينه وبين إبدال الراكب-: أن منفعة الدابة لا تقع بالراكب، وإنما هي انتفاع من غير تأثر به، والثوب يتأثر بالخياطة، وتقع فيه وتبقى ما بقي، والأثر عند الشافعي كالعين على قول مذكور في كتاب التفليس، وإذا كان كذلك، فالأعيان لا يدخلها الإبدال في العقود الواردة على الأعيان.

ثم قال: وقد اختلف الأئمة في تنزيل الوجهين:

فمذهب العراقيين وطوائف من المراوزة: أنا إذا منعنا الإبدال نمنعه مع التراضي به، إلا أن يعرض عقد صحيح.

وصار صائرون إلى أن محل الخلاف فيما إذا أراد المالك أن يبدل، فأبى الخياط، أما إذا تراضيا جاز بلا خلاف؛ وهذه طريقة القاضي.

والذى حكاه الرافعي عن العراقيين والشيخ أبي على: انفساخ الإجارة بتلف الثوب المعين، وبه أجاب ابن الحداد - فيما إذا اكترى دوابًّا في الذمة لحمل[٥]

(١) في د: وهو.
(٢) أي: حاضرة.
(٣) سقط في ج.
(٤) في د: هاهنا.
(٥) في ج: تحمل.

خمسة أعبد معينين، فمات اثنان، وحمل ثلاثة - أن له ثلاثة أخماس الكراء ويسقط خمساه؛ إذا تساوت أوزانهم، ويوافقه نص الشافعي فيما لو نكح امرأة على خياطة ثوب معين(١) فتلف قبل أن تخيطه: أن لها مهر المثل، لكن الشيخ أبا علي صور المسألة في الثوب بما إذا وقع العقد على [عين](٢) الدابة ليحمل عليها متاعًا بعينه، أو ليركبها مدة بجواز الإبدال، وأن العقد لا ينفسخ بهلاك المتاع والراكب، وفرق بأن العقد والحالة هذه يتناول المدة، ألا ترى أنه لو سلم الدابة، ولم يركب، تستقر الأجرة، وفيما إذا استأجر لخياطة الثوب المعين العقد يتناول العمل؛ ولهذا لو سلم نفسه مدة يمكن فيها الخياطة، ولم يخط، لم تستقر الأجرة.

قال الرافعي: وفيما ذكره نزاع سنعرفه من بعد.

قلت: النزاع الذي سيأتي فيما إذا وقع العقد على العين، كما إذا استأجره لخياطة ثوب بعينه، فسلم نفسه مدة تسع الخياطة، هل تستقر به الأجرة أم لا؟ وما ذكره الشيخ أبو على وإن كان مشابهًا لهذه الصورة، فالمراد: إذا التزم الأجير خياطة الثوب في الذمة؛ فإنه صور المسألة كذلك، وسيأتي أن الإجارة إذا كانت على عمل في الذمة لا تستقر إلا بالعمل.

فرع: لو لم يتلف الثوب المعين للخياطة، لكن بدا للمستأجر أن يقطعه.

قال الإمام: الذي يتجه عندنا: أنه لا يجب عليه الإتيان به؛ ليقطع، ولكنا إذا فرعنا على أن أجرة الأجير تستقر [بعد مضي](٣) مدة تسع العمل، فإذا لم يأت بالثوب حتى مضت تلك المدة بعد التمكين(٤) استقرت الأجرة.

وإن قلنا: إن الأجرة لا تستقر بالتمكين(٥) ومضي المدة؛ يثبت للأجير الخيار، فإن فسخ تُخلص، وسلمت [منافع نفسه](٦) وإن لم يفسخ، فهو المتسبب في(٧) تفويتها.

وأما المستأجر، فلا خيار له بحال؛ لأن العذر من جهته.

قلت: وما قاله من عدم إلزامه القطع مع تفريعنا على أن الأجرة تستقر بالتمكين ومضي المدة لا شك في وضوحه، وأما على القول بعدم الاستقرار؛

---

(١) في د: بعينه.
(٢) سقط في أ.
(٣) في د: إذا مضى بعد تمكنه.
(٤) في د: التمكن.
(٥) في د: بالتمكن.
(٦) في د: منافعه.
(٧) في د: إلى.

ففي كلام الأئمة ما ينازع فيه؛ فإن الرافعي حكى في المساقاة عند الكلام فيما إذا انقطع الماء، وقدر رب النخيل على رده: أن من استأجر قصارًا لقصارة ثوب بعينه يكلف تسليمه إليه، وحكيت في باب: ما يتم [به][(١)] البيع[(٢)] عن المتولي وغيره: أن من استأجر صباغًا؛ ليصبغ له ثوبًا، وسلمه إليه-ليس له بيعه ما لم يصبغه[(٣)]، وكذلك لو استأجر صائغًا على عمل ذهب، ونظائر ذلك فلو تمكن المستأجر من المبيع[(٤)] لم يمتنع عليه البيع والله أعلم.

قال: وإن مات الأجير في الحج أو آحصر قبل الإحرام [أي][(٥)]: وقد وقع العقد على عينه، لم يستحق شيئًا من الأجرة؛ لأن الأجرة تقابل المقصود وابتداؤه من الإحرام، وقد فات بكماله وما قبله من السير تسبب فيه فأشبه من استؤجر على الخبز أو البناء فأحضر الآلة ومات وهذا هو المنصوص في عامة كتبه وعن الصيرفي والإصطخري: أنه يستحق قسطًا من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة؛ لأنهما أفتيا سنة حصر القرامطة الحج بالكوفة بأن الأجراء يستحقون[(٦)] من الأجرة بقدر ما عملوا.

ووجهه: أن الأجرة تقع في مقابلة السير والعمل جميعًا؛ ألا ترى أنها تختلف باختلاف المسافة طولاً وقصرًا وفصل ابن عبدان فقال:

إن قال: استأجرتك لتحج من كذا، فالجواب كما قالاه . وإن قال: على الحج، فالجواب كما حكي على النص، وهذا كالتفصيل الآتي عن ابن سريج.

قال: وإن كان بعد الفراغ من الأركان أي: وقبل الإتيان بالرمي والمبيت استحق الأجرة أي بجملتها، وعليه دم لما بقي. أما وجوب الدم فلأنه دخل الحج نقص فكان عليه جبره بالدم كما في حجه عن نفسه، وأما استحقاقه تمام الأجرة فلإتيانه بما قابلته الأجرة والنقص الحاصل الدم جابره.

فعلى هذا فلو نقصت قيمة الدم عن القدر الذي يجب حطه من الأجرة؛ ففي حط قدر التفاوت وجهان، وقيل: يلزمه أن يرد ما يقابل الفائت بجملته؛ لأن الدم كان جابرًا لحق الله تعالى.

وبعضهم جزم بهذا فيحصل في المسألة طريقان، وهما جاريان فيما إذا أحرم

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: بيعه.
(٣) في جـ: يقصره.
(٤) في د: المنع.
(٥) سقط في جـ.
(٦) زاد في د: المسافة.

من دون الميقات، وهذا كله تفريع على القول بامتناع البناء على الحج كما هو الصحيح أما إذا جوزناه وكانت الإجارة على العين كما صورناه فقد انفسخت[١] فيما بقي ووجب رد قسطه من الأجرة والمستأجر يستأجر من يرمى عنه ويبيت [ولا دم على الآجر، وإن كانت في الذمة استأجر وارث الآجر من يرمى عنه ويبيت][٢] ولا حاجة إلى الإحرام؛ لأنهما يؤتى بهما بعد التحللين ولا يلزمه الدم ولا رد شيء من الأجرة، ذكره المتولي وسيأتي في كلام صاحب التهذيب ما يأتي ذلك.

قال: وإن مات وقد بقى عليه بعض الأركان استحق بقدر ما عمل، كما لو استأجره على خياطة ثوب فخاط بعضه.

وقيل: لا يستحق شيئًا؛ لأنه لم يسقط الفرض عن المستأجر وهو المقصود فأشبه ما لو التزم له مالاً ليرد عبده الآبق فرده بعض الطريق ثم هرب.

وقد بنى بعضهم الخلاف [هاهنا][٣] على الخلاف الآتى في [أن][٤] البناء على الحج، هل يجوز أم [لا][٥]؟

فإن قلنا يجوز استحق، وإلا فلا.

وهذا البناء ضعيف؛ أن مقتضاه أن يكون الصحيح عدم الاستحقاق؛ لأن الصحيح عدم[٦] البناء.

وقد حكى الكرخي وغيره: أن الصحيح الاستحقاق كما جزم به الشيخ، وحكاه ابن عبدان عن الجديد، و[حكى][٧] المنع عن القديم.

وحكى الإمام طريقة متوسطة، فقال: إن جوزنا البناء استحق لا محالة؛ لأن المستأجر بسبيل من إتمامه وإلا ففي الاستحقاق الخلاف.

ولا فرق فيما ذكرناه على الأظهر بين أن يكون الباقي من أركان الحج الوقوف أو غيره، وقد قيل: إن القول بعد الاستحقاق مفروض فيما إذا كان الموت قبل الوقوف؛ أما إذا كان بعده، ففيه وجهان:

قال: ويستأجر المستأجر من يستأنف الحج عنه أي: فلا يجوز البناء على حج الأجير؛ لأنها عبادة تفسد أولها بفساد آخرها فأشبهت الصوم والصلاة؛ ولأنه لو أحصر وتحلل ثم زال الحصر وأراد البناء عليه [لم يجز][٨]، وإذا لم يجز له البناء

---

(١) في جـ: استحقت.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: امتناع.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في د: لا يجوز.

على فعل نفسه فأولى [أن لا يجوز][(١)] على فعل غيره، وهذا هو الجديد والقديم جواز البناء؛ لأن النيابة جارية في جميع أفعال الحج، فتجرى في بعضها كتفرقة الزكاة.

وقد خص صاحب التهذيب هذا بما إذا كان قبل التحللين أما إذا كان[(٢)] بعد التحللين فلا تجري؛ إذ لا ضرورة إليه لإمكان جبر ما بقي من الأعمال بالدم وأوهم بعضهم بإجراء الخلاف.

ثم على قول البناء: إن مات الأجير وقد بقي وقت للإحرام بالحج أحرم الثاني به [ووقف الثاني بعرفة إن لم يكن الأول قد وقف ولا يقف إن كان قد وقف][(٣)] ويأتي بباقى الأعمال، ولا بأس بوقوع إحرام الثاني وراء الميقات؛ فإنه مبنى على الإحرام الأول.

وإن فات وقت الإحرام بالحج فيم يحرم الثاني؟ فيه وجهان:

أحدهما:- وبه قال [أبو][(٤)] إسحاق - بعمرة؛ لفوات وقت الإحرام بالحج ثم يطوف ويسعى فيجزئانه عن طواف الحج وسعيه، ولا يبيت ولا يرمى فإنهما ليسا من أعمال العمرة، ولكنهما يجبران بالدم.

والثاني: وهو الأصح: أنه يحرم بالحج ويأتي ببقية الأعمال والممنوع ابتداء الإحرام بالحج في غير أشهره وهذا بناء.

فعلى هذا: إذا مات بين التحللين أحرم النائب إحرامًا لا يُحرم اللبس والقلم، وإنما تحرم النساء، وقد نسب الإمام الوجه الأول المحكي عن أبي إسحاق إلى العراقيين، ومقابله إلى المراوزة، والموجود في كتبهم تصحيح الوجه [الثاني][(٥)] مع ذكر الأول.

وهذا الذي ذكرناه مذكور فيما إذا حج الإنسان عن نفسه، ثم مات في أثناء الحج هل يجوز له البناء عليه؟

وشُبِّه الخلاف في جواز البناء بالخلاف على الأذان والخطبة، وجواز الاستخلاف وإن اختلف الأظهر منها.

أما إذا وقع العقد على حج في الذمة لم تنفسخ الإجارة بموت الأجير بل يستأجر من تركته[(٦)] من يحج عنه إن كان وقت الوقوف باقيًا وإن لم يكن باقيًا

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: مات.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: يركبه.

ثبت للمستأجر الخيار كما سنذكره.

تنبيه: قول الشيخ استحق بقدر ما عمل هل يكون المستحق من المسمى، أو من أجرة المثل؟ [ثم قال][(١)]: لم يصرح أحد بذكره فيما وقفت عليه، والذي يقتضيه القياس: أن يتخرج على [الخلاف السابق][(٢)] في أن الفسخ في المستقبل هل ينعطف على الماضي أم لا؟ فإن انعطف، كان المستحق له أجرة مثله، وإلا فالقسط من المسمى، ثم التوزيع [يكون على قولين.

أحدهما: أنه يقسط على الأعمال وحدها؛ لما ذكرناه من قبل، وهذا يفهم كلام الشيخ من قبل.

وقال ابن يونس: إنه الصحيح وأظهرهما في الرافعي: أنها تقسط على العمل والسير جميعًا؟][(٣)] لأن للوسائل حكم المقاصد إذا وقعت تبعًا، وتعب الأجير في السير أكبر، فيبعد ألا يقابل بشيء مع كونه حصل بعض المقصود.

وقال ابن سريج: إن قال: استأجرتك لتحج عني، فالتوزيع على الأعمال وحدها، وإن قال: لتحج من بلد كذا فالتوزيع على السير والعمل جميعًا، وحمل القولين على[(٤)] حالين.

فرع: لو أحصر الأجير في هذه الحالة، فله التحلل، وإذا تحلل فعمَّن يقع ما أتى به؟ فيه وجهان:

أصحهما: عن المستأجر، وهو ما حكاه الشيخ أبو حامد كما لو مات؛ إذ لم يوجد من الأجير تقصير.

فعلى هذا: الحكم كما تقدم، ودم الإحصار على المستأجر.

والثاني: عن الأجير، وهو ما حكاه القاضي أبو الطيب؛ كما لو أفسده؛ لأنه لم يحصل غرضه.

فعلى هذا: دم الإحصار على الأجير.

وإن لم يتحلل، وأقام على الإحرام حتى فاته الحج، انقلب الحج إليه؛ كما في

---

(١) سقط في جـ. (٢) في د: الطريقين السابقين.

(٣) في د: يكون على الأعمال وحدها أم عليها مع السير فيه طريقان، قال الأكثرون: هو على قولين: أحدهما: أنها تقسط على العمل والسير جميعا.

(٤) زاد في د: هذين.

صورة الإفساد، ثم يتحلل بعمل عمرة، وعليه دم الفوات.

ولو حصل الفوات بسبب نوم أو تأخر عن القافلة، ونحو ذلك غير[١] الإحصار - انقلب الحج إلى الأجير؛ كما في الإفساد ولا شيء[٢] للأجير.

ومن أصحابنا[٣] من أجرى فيه الخلاف المذكور في الموت.

[قال: وإن هرب المكري والعقد على منفعة، مثل: أن استأجره ليخيط له شهرًا، أو هذا الثوب ثبت للمستأجر الخيار؛ [بين الفسخ والإبقاء؛]][٤] لتضرره بفوات بعض المعقود عليه في حالة، وبتأخر حقه في أخرى.

والبقاء: بالمد مقصور مصدر بقي يبقى بقاء.

قال: وإن كان [العقد][٥] على مدة أي: ولم ينفسخ، انفسخ بمضي الوقت حالاً فحالاً، أي: كلما مضت لحظة انفسخ فيها وهو بتخفيف اللام.

ووجه ذلك: أن المنافع تتلف بمضي الزمان.

وقد قيل: إذا مضت مدة لمثلها أجرة انفسخ فيها، وهل ينفسخ في الباقي؟ فيه قولا تفريق الصفقة، والصحيح الأول.

قال البندنيجي: فعلى هذا إذا أحضر وأجاز المستأجر العقد، أجازه بالحصة.

قال: وإن كان على عمل: أي كخياطة ثوب، أو بناء حائط - لم ينفسخ؛ لإمكان استيفاء المعقود عليه بعد مدة، فإذا قدر عليه طالبه به؛ لقدرته على القيام بالحق المتوجه عليه، ويجيء في هذه الصورة الوجه الذي اختاره الإمام وحكاه عن المراوزة فيما إذا لم يسلم العين حتى مضت مدة يمكن العمل فيها كما حكيناه من قبل؛ إذ لا يظهر فرق بينهما.

واعلم أن الموجود في بعض النسخ: وإن هرب المكتري والعقد على منفعة، وفي بعضها: وهو المكري والعقد على منفعة، وعلى هذا يحتاج أن تقدر مع قوله: والعقد على منفعة: وعين ما تستوفى منه المنفعة، وإلا فمجرد هرب المكرى[٦] مع وجود ما يُستوفى منه المنفعة لا يثبت خيار ولا غيره، وحينئذ يكون قد احترز بقوله: والعقد على منفعة عما إذا ورد العقد على ما في الذمة،

---

(١) في د: عن.
(٢) في جـ: يفي.
(٣) في د: الأصحاب.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: المكترى.

وسيأتي حكمه][1].

قال: وإن هرب الجمال وترك الجمال [وفيها فضلٌ][2] **بِيعَ ما فَضَلَ** أي: عن حق المكتري وأنفق عليها؛ لأنه قد قدر على إنفاق ما تعين عليه من ماله فتعين طريقًا، وكذا ينفق من ثمن الفاضل أجرة من يخدمها كما صرح به الماوردي؛ [و][3] لأن إخدامها واجب على الآجر كطعمتها.

قال الفوراني وغيره: ولا يجوز بيع جميع الجمال؛ خشية أن يأكل ثمنها إذا رأى في ذلك [مصلحة][4] بخلاف ما إذا لم تكن مستأجرة، والفرق أن هاهنا تعلق حق المكتري بأعيان الجمال، فليس لأحد تفويت منفعته، [والصانع بخلافه؛ قال مجلي: وهذا الفرق ضعيف؛ فإن البيع لا يفوت عليه منفعة؛][5] إذ البيع لا يفسخ الإجارة.

قال: فإن لم يكن فيها فضل اقترض عليه أي: من بيت المال أو من المستأجر أو من غيره؛ لانتهاء الإمكان إليه.

والمقترض والبائع هو الحاكم؛ لأنه الناظر في أموال الغائبين، وله أن يدفع ما يقترضه المستأجر لينفقه عليها إن وثق به، سواء كان القرض منه أو من غيره، كما صرح به في المهذب.

وحكى القاضي أبو الطيب القولين الآتيين في هذه الصورة، وقال: إذا قلنا: إنه [لا][6] يجوز فدفعه إليه - كان كمن أنفق بغير حكم حاكم، وذلك موافق لما سيأتي فيما إذا أذن الحاكم للملتقط[7] أن ينفق على اللقيط من ماله: هل يجوز أم لا؟

والمشهور هاهنا ما في المهذب، حتى ادعى الرافعي في باب اللقيط: أنه لم ير سواه، وأبدى الخلاف تخريجًا.

وإن لم يثق به[8] دفعه إلى أمين لينفقه، فإذا انتهت مدة الإجارة ولم يحضر الآجر باع الحاكم منها ما يقضي بثمنه ما اقترضه، ويحفظ باقيها، وإن رأى بيع الجميع كي لا تأكل نفسها - فعل.

قال: وإن أمر الحاكم المستأجر أن ينفق عليها قرضًا جاز في أصح القولين؛

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) زاد في د: في.
(٨) في د: منه.

لأنه موضع ضرورة؛ إذ قد لا يجد الحاكم غيره، وهذا موافق لما نص عليه الشافعي في أن للقاضي أن يأذن للملتقط أن ينفق على اللقيط من مال نفسه ليرجع، وعلى هذا قال: ويقبل قوله في النفقة بالمعروف أي: وإن نازعه الجمال فيما أنفق؛ لأنه أمين. وحكى الماوردي فيمن المقبول[١] قوله في قدر النفقة في هذه الحالة - ثلاثة أوجه لأصحابنا، أشار إليها الشافعي في الأم.

أحدها: أن القول قول المنفق، وهو الأصح في البحر.

والثاني: أن القول قول الجمال؛ لأنه غارم.

والثالث: أنه يرجع فيه إلى عرف الناس وعادتهم، فإذا وافق ذلك قول أحدهم فهو المعمول به، سواء وافق قول المنفق [أو قول][٢] الجمال أو خالفهما، وهذا اختيار الشافعي.

قال: وإن خالف قياس الأصول الموجبة لأحد المذهبين فقد يترك القياس إذا تفاحش إلى ما يكون عدلاً بين الناس.

والقول الثاني: لا يجوز؛ ولأنه يؤدي إلى أن يكون مقبول القول فيما يستحقه على غيره كما ذكرنا من قبل، وهذا موافق ما نص عليه الشافعي في أن القاضي لا يأذن لواجد الضالة في الإنفاق عليها من مال نفسه ليرجع على صاحبها، بل يأخذ المال منه ويدفعه إلى أمين، ثم الأمين يدفع إليه كل يوم قدر الحاجة، وسنذكر إن شاء الله في باب اللقيط الفرق بينهما.

وإذا تعذر على الحاكم الاقتراض من المستأجر وغيره باع الحاكم من الجمال بقدر الحاجة لينفق عليها من ثمنه، ولا يخرج على الخلاف في بيع المستأجر؛ لأنه محل ضرورة ويبقى في يد المستأجر إلى انتهاء المدة؛ ذكره الرافعي وغيره.

قال: وإن لم يكن حاكم، فأنفق وأشهد أي: وشرط الرجوع رجع؛ لأنه حق على غائب؛ فجاز عند الضرورة أن يتوصل صاحبه إليه بحسب المكنة؛ كما يجوز لصاحب الدين الممنوع أن يتوصل إلى أخذه من مال من هو عليه جهرًا أو[٣] سرًّا بحكم وغير حكم، وهذا هو الصحيح في تعليق القاضي الحسين.

وقيل: لا يرجع؛ لأنه يصير حاكمًا لنفسه ليستوفي حقه من مال غيره، وكما لا يرجع مستودع الدابة على ربها بثمن علوفتها، وإن أنفق وترك الإشهاد نظر: إن لم

---

(١) في د: القول. (٢) سقط في د. (٣) في د: و.

ينو الرجوع لم يرجع وإن نواه فوجهان في تعليق القاضي الحسين، فإن اختلفا في نية الرجوع فالقول قول المنفق. وهذا الكلام [قد][1] يفهم أن الخلاف جارٍ فيما إذا ترك الإشهاد مع القدرة عليه وبدونها كما فهم الرافعي مثله في مسألة المساقاة، والمصرح به في كتب المذهب: أن محلهما إذا لم يقدر على الإشهاد، أما إذا قدر [عليه][2] فلم يفعله فلا يرجع وجهًا واحدًا؛ صرح به مجلي. وقد أحال معظم الأصحاب الكلام في هذه المسألة على ما ذكروه في باب المساقاة فليطلب منه، وقد ألحق الإمام عدم القدرة على إثبات الواقعة عند الحاكم أو عسرها - بحالة عدم الحاكم، وإذا قلنا: يرجع عند عدم الحاكم، فاختلف الجمال والمنفق في قدر المنفعة: قال الرافعي: القول قول الجمال؛ لأن إنفاق المكتري لم يستند إلى ائتمان من جهة الحاكم. وفيه احتمال للإمام من جهة أن الشرع سلطه عليه، وهذا منهما محمول على الرجوع في حالة عدم الإشهاد، أما إذا اعتبرنا الإشهاد فالبينة تقطع الخصومة، وقد قال مجلي في كتاب اللقطة: إنه يجب عليه أن يشهد في كل دفعة.

قال: **وإن مات أحد المتكاريين والعين المستأجرة باقية - لم يبطل العقد**؛ لأنه عقد معاوضة [على ما يقبل النقل][3] ليس لأحدهما فسخه من غير عذر فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع.

قال: **وإن هلكت العين المستأجرة في يد المستأجر من غير عدوان - لم يضمن**)؛ لأنها عين قبضها ليستوفي منها ما ملكه فلم يضمنها بالقبض، كالنخلة إذا اشترى ثمرتها، ولا يشبه ما إذا اشترى سمنًا وقبضه في بستوقة[4] حيث تكون مضمونة في يده على أصح الوجهين في تعليق القاضي الحسين وغيره؛ لأنه أخذها لمنفعة نفسه ولا ضرورة في قبض السمن فيها، والمرجع في العدوان إلى العرف، فلو ربط الدابة في الإصطبل، وماتت - فلا ضمان.

ولو انهدم عليها، فهلكت، أطلق الرافعي[5] القول - حكاية عن الأصحاب - بوجوب الضمان.

وقال غيره: ينظر: إن كان انهدامه في وقت عُهِد أن تكون الدابة فيه تحت سقف كجنح الليل في[6] الشتاء والمطر الشديد في النهار - فلا ضمان.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: قارورته.
(٥) في د: الغزالي.
(٦) في جـ: و.

وإن كان في وقت لا يعهد ذلك فيه، ضمن؛ لأن التلف - والحالة هذه - جاء من ربطها في الإصطبل.

ولو ضرب الدابة، أو كبحها باللجام، أو ركضها برجل، فإن فعل من ذلك ما يفعله العامة فلا شيء عليه وإن تعداه ضمن، ويخالف المؤدب إذا ضرب الصغير فمات، أو الزوج زوجته فماتت حيث يضمن بكل حال؛ لأن الآدمي يمكن تأديبه بغير الضرب بخلاف الحيوان؛ فقد حكى الإمام عن العراقيين في كتاب الرهن ما يقتضي أن العلة في ضمان الزوجة أمر آخر، [فإنه حكى أنهم](١) قالوا: لو قال السيد: اضرب عبدي فضربه ووالى(٢) الضرب عليه، فلا ضمان، بخلاف الزوج وإن كان مأذونًا من جهة الشرع في الضرب، وفرقوا: بأن الإذن في ضرب الزوجة مقيد بتوقي القتل وإبقائها والإبقاء عليها، والإذن في مسألة العبد لا تقييد فيه، قال: وكأنهم رأوا الأمر بالضرب أمرًا بحسبه بالغًا ما بلغ، وهذا محتمل عندي؛ فإن الضرب يخالف القتل، والأمر به أراه مشعرًا بالاقتصار عليه، ومن قتل إنسانًا لا يقال ضربه، ولو قال: أدب عبدي فلا [يجوز أن](٣) يشك في أنه لو قتله ضمنه؛ فإن التأديب مصرح بإبقاء المؤدب.

فرع: إذا غصبت الدابة المستأجرة مع دواب سائر الرفقة، فذهب بعضهم في الطلب ولم يذهب المستأجر انبنى ذلك على أنه: هل يلزمه الرد عند انقضاء المدة أم لا؟ فإن قلنا: لا يلزمه الرد، لم يضمن. وإن قلنا: يلزمه؛ فإن استرد من ذهب دابته من غير مشقة ولا غرامة ضمن المستأجر المتخلف، وإن لحقتهم غرامة [أو مشقة](٤) فلا ضمان؛ كذا حكاه العبادي في الزيادات.

قال: وإن انقضت [مدة](٥) **الإجارة لزم المستأجر رد العين وعليه مؤنة الرد)**؛ لأنه أذن له في إمساكها؛ لاستيفاء المنفعة من غير استحفاظ ولا إيداع، فإذا انقضت المدة وجب عليه الرد ومؤنته كالمستعير، وهو(٦) ظاهر كلام الشافعي، وبه قال الإصطخري.

وقال البندنيجي: إنه المذهب، وهو الذي حكاه [القاضي الحسين](٧) عن العراقيين.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: والي.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: ومشقة.
(٥) سقط في التنبيه.
(٦) في د: وهذا.
(٧) في د: الإمام.

وقيل: يجب ذلك على المؤجر؛ لأنها أمانة في يده؛ فهي كالوديعة. واستغنى الشيخ بجعل مؤنة الرد على المؤجر - على هذا القول - بأن المستأجر لا يجب عليه الرد، بل التخلية؛ لأن المؤنة ملازمة لوجوب الرد، وهذا ما حكاه القاضي الحسين والإمام عن المراوزة، واختاره القفال والقاضي الحسين والغزالي.

وقال الماوردي: إنه مذهب الشافعي، ولا وجه لمن خرج من أصحابنا في الإجارة من الرهن وجهًا آخر أن الرد واجب على المستأجر؛ لأن الرهن يغلب فيه حق المرتهن؛ فجاز أن يكون وجوب رده على وجهين، وفي الإجارة يستويان؛ فاختص بها المالك [بحق الملك][1] وخص القاضي أبو الطيب محل الخلاف بما إذا لم يشترط على المستأجر الرد، أما إذا اشترطه وجب بلا خلاف، ومنعه ابن الصباغ وقال: من لا يوجب الرد عليه ينبغي ألا يجوز شرطه، وهذا ما يقتضيه كلام القاضي الحسين؛ فإنه حكى أن صاحب التقريب فرع على القول الأول إذا شرط الآجر على المستأجر أن يرد الدابة إلى بلد الآجر[2] - لزمه الرد، وإن أطلق العقد، وكان المالك معه، رد عليه إذا بلغ الموضع الذي اكترى إليه، وإلا فعليه أن يرده إلى بلده.

ثم قال: وهذا عندي غلط، ولا يلزمه الرد إلى بلد المكري، بل إذا بلغ الموضع المقصود، فهي مال غائب، حصل في يده، يسلمه للحاكم، أو يودعه أمينًا، وعلى هذا المذهب: إذا شرط الرد بطل العقد؛ لأنه خلاف مقتضاه، لكنه لو خرج لا ضمان.

ثم على الخلاف المذكور في الكتاب يتفرع مسألتان:

إحداهما: إذا أمسك العين المستأجرة بعد انقضاء المدة فتلفت في يده فعلى الأول: يضمن، وعلى الثاني لا ضمان، إلا أن يطالبه المالك بالتمكين منها فيمتنع، وعلى هذه الحالة حمل [ما][3] قابله النص.

الثانية: وجوب الأجرة، فعلى الأول: تجب وإن لم يستعملها، وعلى الثاني: لا.

قال الماوردي: ومحل الخلاف في هذه والتي قبلها: إذا لم يكن ثم عذر، أما إذا كان ثَمَّ عذر مانع [من الرد][4] فلا ضمان ولا أجرة، وكذا قاله في المهذب.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: المؤجر.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في ج.

ويلتحق بذلك: ما إذا ردها، فتلفت في الطريق؛ كما صرح به البندنيجي وابن الصباغ.

وفي كلام الإمام ما يقتضي خلافه؛ فإنه قال في تضعيف وجه الضمان: ويبعد كل البعد أن يقال: إذا انقضت المدة، وهَمَّ المستأجر بالرد، فتلفت العين في يده من غير تقصير - يجب عليه الضمان.

ومن أوجبه طرد القول في إثبات الضمان، وألحق العين بعد مدة الإجارة بالمستعار والمأخوذ سومًا(١).

ولا نزاع في أن المستأجر إذا بذل العين للآجر(٢) فلم يقبلها: أنها تصير في حكم الوديعة، إلا أن يستعملها؛ ولو ترك الرد عليه بعد الطلب برضا الآجر، بقيت العين في يده عارية يضمنها بالقيمة، ولا يضمنها بالأجرة، صرح به الماوردي.

فرع: إذا استأجر قدرًا؛ ليطبخ فيها، ثم حملها بعد المدة على حمار ليردها، فسقط الحمار، وانكسرت القدر- قال العبادي في الزيادات: إن كان لا يستقل بحملها الراجل(٣)، فلا ضمان [عليه](٤)، وإلا فعليه الضمان؛ لأن العادة أن القدر لا ترد بالحمار مع استقلال الآدمي بحملها.

قال: **وإن اختلفا في الرد فالقول قول المؤجر**؛ لأن الأصل عدم الرد، وقد قبض العين لغرض نفسه؛ فكان كالمستعير، وقيل: القول قول المستأجر، وقد تقدم الكلام في ذلك وما قيل من(٥) الفرق بينه وبين الوكيل يجعل في مواضع؛ منها كتاب الرهن.

قال: **وإن هلكت العين [التي](٦) استؤجر على العمل فيها في يد الأجير** أي: من غير تفريط **فإن كان العمل في ملك المستأجر أو في غير ملكه والمستأجر مشاهد له - لم يضمن**؛ لأن المال غير مسلم إليه في الحقيقة، وإنما استعان المالك به في شغله، كما يستعين بالوكيل والتلميذ، وهذا ما نص عليه في الإملاء.

وعن أبي سعيد الإصطخري، وأبي علي الطبري حكاية القولين [الآتيين](٧) في هذه الحالة أيضًا.

---

(١) في جـ: سويا.
(٢) في د: للأجير.
(٣) في د: الرجل.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: في.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في جـ.

قال: وإن كان في غير ملك المستأجر؛ ففيه قولان:

أصحهما: أنه لا يضمن؛ لأنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك، فلم يضمنها من غير تعدٍّ كالعين المستأجرة ومال القراض والرهن، وهذا ما اختاره المزني.

والقول الثاني: أنه يضمن؛ لقوله ﷺ «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»[1]؛ ولأنه أخذ العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فأشبه المستعير والمستام؛ ولأن الأجرة ترجع إليه فوجب أن يكون الضمان عليه، كما لو أجر دابة فتلفت تحت يد مستأجرها، فعلى هذا حكمه في الضمان حكم المستعير والمستام، ففي وجه [عند العراقيين][2]: يضمن القيمة وقت التلف.

وفي وجه: يضمن ضمان الغصوب، وهو اختيار أبي حامد كما حكاه في البحر، ولا شك في ضمان الحر.

وهذه الطريقة هي الصحيحة، وعليها يدل قول الشافعي في المختصر.

والأجراء كلهم سواء؛ فما تلف في أيديهم من غير جنايتهم ففيه واحد من قولين:

أحدهما: الضمان؛ لأنه أخذ الأجرة.

والقول الآخر: لا ضمان إلا بالعدوان، ومن الأصحاب من قطع بالقول الأول؛ لما حكي عن الربيع أنه قال: كان الشافعي يرى أن الأجراء لا يضمنون، غير أنه كان لا يبوح به؛ مخافة [من][3] أجراء السوء، وأن القاضي يقضي بعلمه غير أنه كان لا يبوح به؛ مخافة قضاة السوء.

وروى الحارث أن الشافعي سلم لقصار[4] ثيابًا مرتفعة[5] فاحترق دكان القصار، واحترقت الثياب، فتشفع القصار إليه بقوم في الصبر عليه إلى أجل، فقال: لا أضمنه شيئًا؛ لأنه لم يصح عندي أن الصناع يلزمهم الضمان[6]؛ كذا حكاه في البحر والقائل بهذا الطريق حمل قوله في المختصر: «ففيه واحد من قولين» على ترتيب[7] من يفصل بين أن يتلف الشيء في يده بفعله من غير تعدٍّ، وبين أن يتلف بآفة سماوية، وهو أبو حنيفة؛ فإنه لا وجه إلا الضمان مطلقًا أو عدمه مطلقًا.

وقد استدل المزني على ما اختاره بثلاثة أشياء:

---

(١) تقدم.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) في د: لمصر.
(٥) زاد في د: إلى قصار.
(٦) في د: ضمانه.
(٧) في د: تزييف.

أحدها: قال: قطع الشافعي بأنه لا ضمان على الحجام يأمره الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يشرط دابته.

والثاني: قال: ما علمت أحدًا ضمن الراعي بالمنفرد بالرعي.

والثالث: قال الشافعي: لو اكترى رجلا ليخيط متاعه في دكانه، فاحترق المتاع، لا ضمان عليه.

فإذا ألقوا عن هؤلاء الضمان؛ لزمهم إلقاؤه عن الصانع - يعني: عن الأجير المشترك - وقد وافقه الغزالي في مسألة الراعي، فادعى الإجماع فيها وكتب الأصحاب كافة من[1] «الحاوي» و«الشامل» و«تعليق» أبي الطيب، وغيرها مصرحة بأن الأمر فيما ذكره المزني خلا الحر - كما هو مذكور في غيره حرفًا بحرف حتى جعل ابن الصباغ إذنه للراعي بالرعي في موات بمنزلة رعيه في ملكه؛ فلا يضمن وإن لم تكن مشاهدة.

فرع: إذا ضاع حلي الطفل في يد المرضعة هل تضمنه؟

قال الماوردي إن قيل: إن الأجراء يضمنون - انبنى ذلك على أن الأجرة[2] للرضاع والخدمة تبع أو للخدمة والرضاع تبع؟ فعلى الأول: [لا][3] ضمان وعلى الثاني: لا تضمن إن كانت منفردة، وتضمن في أحد القولين إن كان مشتركًا.

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ يقتضي إجراء الخلاف في الأجير المشترك والمنفرد كما هو ظاهر النص في «المختصر»؛ لأن كل ما فسر به المشترك والمنفرد كما سنذكره عن الجمهور ينطبق عليه كلامه، وقد صرح بذلك صاحب الإفصاح وصححه الروياني في البحر، والقاضي الحسين وغيرهما، وقد روي عن ابن أبي أحمد [وأبي الحسن بن القطان][4] والقفال: أن الأجير المنفرد لا يضمن قولاً واحدًا، وإنما الخلاف في المشترك، والأجير المشترك على الصحيح عند الروياني وغيره، هو الذي يتقبل العمل في ذمته كما هو دأب الخياطين والقصارين، والحمالين ونحو ذلك، فإذا التزم لواحد أمكنه أن يلتزم لغيره مثل ذلك العمل؛ فكان مشتركًا بين الناس، والمنفرد: هو الذي أجر نفسه مدة مقدرة لعمل فلا يمكنه تقبل مثل ذلك العمل لغيره في هذه المدة، وعبر القاضي الحسين عن هذا بأن المشترك: هو الذي لا يستحق الأجرة إلا بالعمل، والمنفرد: هو الذي يستحقها بالتمكين ومضيِّ المدة وقيل: المشترك هو الذي يشارك في الرأي، فيقال له:

---

(١) في د: في. (٢) في د: العوض. (٣) سقط في ج. (٤) سقط في د.

اعمل في أي موضع شئت، والمنفرد: هو الذي عين عليه العمل وموضعه.

وقيل: المشترك هو الذي لا يضيق عليه وقت العمل، سواء ورد على عينه أو في ذمته؛ فإن له أن يؤخر العمل عن وقت العقد من غير فرق وإن ورد على عينه فيعمل لغيره.

والمنفرد هو الذي يضيق عليه وقت العمل؛ فلا يمكنه[1] من العمل لغيره فيه.

قال مجلي: وهذا يقع بشيئين:

أحدهما: أن يقع العقد على مدة معلومة.

والثاني: أن يرد على عين الأجير.

فإن قيل: إذا لم يضيق الوقت عليه، فالظاهر: أنه يتعين العمل عقيب العقد في مطلق الإجارة؛ فيصير بمثابة المضيق.

قيل: ليس كذلك فإن المضيق تنفسخ الإجارة بمضي المدة من غير عمل فيها، وهاهنا لو مضت مدة تتسع للعمل، ولم يعمل، لم ينفسخ العقد، وقد فسر الماوردي المنفرد بالذي يكون عمله في ملك المستأجر أو في غير ملكه والمستأجر مشاهد له وحكى اختلافًا فيما إذا كان الأجير يعمل بحانوت[2] نفسه لمستأجر واحد ولا يعمل لغيره ومستأجره غائب عن عمله هل يلتحق بالأجير المنفرد أو المشترك؟ فالذي صار إليه أبو إسحاق وهو مذهب البصريين: الأول؛ والذي صار إليه ابن أبي هريرة وهو مذهب البغداديين [الثاني][3].

قال: **ويستحق الأجرة لما عمل في ملك المستأجر** أي: أو بحضرته **إلى أن هلكت**[4]؛ لأن العين كما ذكرنا تحت يد مالكها، فالعمل يسلم له أولاً فأولًا، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العمل قصارة ويقول: إنها عين أو أثر.

قال: **ولا يستحق لما عمل في غير ملكه** أي: ولا عند غيبته إذا فرعنا على الصحيح في أن يده يد أمانة؛ لأنه لم يسلم ما عمله فشابه المبيع إذا تلف قبل القبض؛ وهذه طريقة أهل العراق، وبنى القاضي الحسين ذلك فيما إذا كانت الصنعة[5] قصارة على أنها كالعين كما ذكرنا في باب التفليس أنه الصحيح.

وقال: إذا قلنا إنها أثر استحق الأجير أجرة ما عمل.

قال في البحر: وهذا لا يصح؛ لأن القصارة وإن كانت أثرًا لا بد [من][6] أن

---

(1) في جـ: يمكن.
(2) في د: في جانوت.
(3) سقط في جـ.
(4) في جـ: هلك.
(5) في جـ: العين.
(6) سقط في جـ.

تصل إلى يد صاحبه وفيه الأثر حتى تقرر الأجرة ويستقر حكم العمل فلا وجه لهذا القول وما قاله مصادرة أما إذا قلنا: إن الأجير[(١)] يضمن فقد أطلق في «المهذب» استحقاق الأجرة، وهو ما حكاه الغزالي عن العراقيين؛ لأنه يقوم عليه معمولاً فيصير بما يغرمه مسلمًا للعمل فيستحق الأجرة، وأطلق الماوردي القول بأنه لا يستحق.

وقال القاضي الحسين: إن قلنا: إن الصنعة أثر استحق الأجرة، وإن قلنا: إنها كالعين فالمالك يغرمه قيمة ثوب غير مقصور.

قال الغزالي: والصحيح عدم الاستحقاق فإنه لا ضمان، وعلى الخلاف المذكور في أن القصارة ونحوها عين أو أثر ينبني حق الحبس كما صرح به في المهذب وغيره.

فإن قلنا: إنها عين كان له حق الحبس وإلا فلا.

وعن أبي يعقوب الأبيوردي: أن الصنعة إن لم يكن لها أثر قائم لم يكن له الحبس قولاً واحدًا، وإن كان له عين مال[(٢)] فيه كالصبغ ونحوه جرى الخلاف فيه.

فروع: ذكرها القاضي الحسين.

إذا أتلف أجنبي العين التي عمل الأجير فيها استحق الأجير الأجرة على المستأجر إن قلنا: إنها أثر ورجع صاحب الثوب على المتلف بقيمته مقصورًا، وإن قلنا: إنها كالعين انبنى ذلك على أن الأجنبى إذا أتلف المبيع قبل القبض هل ينفسخ العقد أو يثبت الخيار؟

فإن قلنا: ينفسخ انفسخت الإجارة هاهنا ورجع الأجير على المتلف بالأجرة، ورجع المالك عليه بقيمة الثوب [غير مقصور][(٣)].

وإن قلنا: لا ينفسخ وثبت الخيار فهكذا الحكم في مسألتنا، فإن فسخ فالحكم كما تقدم وإن أجاز العقد غرم للأجير الأجرة ورجع على المتلف بقيمة الثوب مقصورًا، ولو أتلف صاحبُ الثوبِ الثوبَ تقررت عليه الأجرة.

ولو أتلف الأجير الثوب انبنى على أن جناية البائع كالآفة السماوية أو كإتلاف الأجنبي، فإن جعلناها كالآفة السماوية غرم للمالك قيمة الثوب مقصورًا إن

---

(١) في د: الآجر.
(٢) في جـ: بمال.
(٣) في جـ: مقصورا.

جعلنا(١) الصنعة أثرًا واستحق الأجرة.

وإن قلنا: كالعين لم يستحق الأجرة واستحق عليه قيمته غير مقصور، وإن جعلناها كجناية الأجنبي فيلزمه [قيمة العين ثم إن قلنا: القصارة أثر لزمه قيمته مقصورًا، وإن قلنا: إنها كالعين فللمالك الخيار على الأصح، وحكى في البحر عن بعض الخراسانيين أنا إذا قلنا: إنه كالآفة السماوية فلا أجرة للقصار وإن قلنا: إن القصارة أثر](٢).

قال: وإن اختلف المستأجر، والأجير المشترك في رد العين؛ أي: مع قولنا: إنه غير ضامن فقد قيل: القول قول المستأجر(٣)، وقيل: القول قول الأجير(٤) وتوجيههما تقدم في الوكيل بجعل.

أما إذا قلنا: إنه ضامن فالقول قول المستأجر قولاً واحدًا كالمعير.

قال: وإن باع المكري العين من المكتري جاز؛ لأنه في يده من غير حائل فهو كبيع المغصوب من الغاصب.

ولأن الملك في الرقبة خالص له وعقد الإجارة إنما ورد على المنفعة، فلا يمنع(٥) من بيع الرقبة؛ كما أن تزويج الأمة لا يمنع من بيعها.

وقد أشار في الوسيط إلى خلاف في صحة البيع بقوله: والظاهر الصحة وأذكره بعضهم؛ لكونه لم يجده في النهاية، بل وجد فيها نفي الخلاف في المسألة، وكذلك في أكثر الكتب المشهورة، وبعضهم قال: إنه مصرح به في المحيط، وكان يستخرجه من أصول في المذهب سأذكرها.

قال: ولم تنفسخ الإجارة بل يُستوفى ما بقي بحكم العقد؛ لأن الملك لا يُنافيها، ولهذا يستأجر ملكه من المستأجر وهذا هو الأصح ولم يورد الماوردي هنا سواه.

وعن ابن الحداد وغيره: أن الإجارة تنفسخ، [وهو محكي في الحاوي في كتاب الصلح](٦)؛ لأنه إذا ملك الرقبة حدثت المنافع على ملكه تابعة للرقبة، وإذا

---

(١) في د: قلنا.

(٢) في د: كالعين لم يستحق الأجرة واستحق عليه قيمته مقصورا، وإن قلنا أنها كالعين فلمالك الخيار وإن قلنا إن القصارة أثر.

(٣) في التنبيه: الأجير.

(٤) في التنبيه: المستأجر.

(٥) في د: يمتنع.

(٦) سقط في جـ.

كانت المنافع مملوكة له، لم يبق عقد الإجارة عليها، كما أنه لو كان مالكًا في الابتداء، لم يصح منه الاستئجار، [و][(١)] شبّه بما إذا ملك أمة؛ فإنه لا يجوز أن يتزوجها، ولو تزوج أمة، ثم اشتراها، انفسخ النكاح.

والقائلون بالأول قالوا: إنما ينتقل للمشتري[(٢)] ما كان للبائع، والبائع لا يملك حين البيع المنفعة؛ فلم ينتقل إلى المشتري.

[ويخالف النكاح؛ فإن السيد مالك لمنفعة بضع الأمة المزوجة؛ بدليل أنها لو وطئت بشبهة كان المهر له لا للزوج، فإذا باع انتقلت منافع البضع إلى المشتري][(٣)] فاجتمع شيئان فقدم أقواهما وهو النكاح.

التفريع: إن قلنا بالصحة فعليه فرعان:

أحدهما: لو تلفت المنافع قبل انقضاء مدة الإجارة انفسخت الإجارة ورجع على الآجر بحصة ما بقي من المدة، وفي انفساخها في الماضي الطريقان السابقان.

الثاني: لو انفسخ البيع قبل تمام المدة، كان للمستأجر أن يستوفي المنفعة إلى انقضاء المدة.

وإن قلنا بمذهب ابن الحداد فعليه فرعان:

أحدهما: أن المستأجر، هل يرجع على الآجر بأجرة بقية المدة أم لا؟ فيه[(٤)] وجهان:

أحدهما: لا، وبه قال ابن الحداد؛ لأن المنافع قائمة في يده، وأيضًا فإنه لو اشترى زوجته لا يسقط مهرها[(٥)].

[**وأصحها في الرافعي**: أنه يرجع؛ لأن الأجرة إنما تستقر بسلامة المنافع للمستأجر [على موجب الإجارة] ولم تسلم، ويخالف المهر؛ فإن استقراره لا يتوقف على سلامة المنفعة للزوج؛ بدليل استقراره بالموت.

الثاني: العين في بقية مدة الإجارة: هل ترد إلى البائع حتى ينتفع بها في قدر المدة الباقية من مدة الإجارة أم لا؟ فيه وجهان في النهاية:

أحدهما: أنها ترد إليه.

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: إلى المشتري.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: وفيه.
(٥) في د: المهر.

والثاني - وهو الأصح-: أنها لا ترد، والمنافع تحدث على ملك المشتري بعد انفساخ الإجارة.

قال الإمام: وهذا الخلاف يناظر ما إذا باع المكري الدار من غير المكتري، وصححناه، ثم انفسخت الإجارة بعيب[(١)] فالدار هل ترد للبائع؛ لينتفع بها في بقية المدة، أم تكون للمشتري؟

ثم هذا الخلاف جار، سواء قلنا: إن المستأجر يرجع على البائع بالأجرة أم لا، ولا تعلق لأحد الخلافين بالثاني؛ فإن سبب الخلاف في ارتداد المنافع إلى البائع تخيلنا استثناء المنافع عن استحقاق المشتري، وسبب الخلاف [في الرجوع][(٢)] بالأجرة وعدمه: انتساب المشتري إلى جلب الملك وهو السبب الفاسخ، وكان شيخي يقول: إذا حكمنا بارتداد المنافع إلى البائع [في بقية المدة استرد المشتري قسطًا من الأجرة وجهًا واحدًا، وإن قلنا: لا ترد المنافع إلى البائع][(٣)] فهل يسترد المشتري قسطًا من الأجرة؟ فعلى وجهين وهذا ليس وراءه تحصيل.

قلت: ومن القول بانفساخ الإجارة ورجوع منفعة المدة الباقية إلى الآجر البائع وعدم رجوع المشتري عليه بقسطها من الأجرة تمسك القائل بتصحيح ما أوهمه لفظ الغزالي من عدم صحة البيع؛ لكون ذلك ملازمًا للبيع؛ فتصير المنفعة في بقية المدة كالمستثناة كما أشار إليه كلام أبي الطيب الذي سنذكره من بعد، والاستثناء باللفظ إذا كان مبطلاً للعقد كان الاستثناء بالشرع مثله.

دليله: بيع الجارية واستثناء حملها وإذا كانت حاملا بحرٍّ، والله أعلم[(٤)].

واعلم أن الخلاف المذكور في انفساخ الإجارة وعدمه[(٥)] يتخرج عليه مسائل:

---

(١) في جـ: بسبب. (٢) في جـ: بالرجوع. (٣) سقط في جـ.

(٤) قوله: فإن باع المكري العين من المكتري جاز، وقد أشار في «الوسيط» إلى خلاف في صحة البيع بقوله: «والظاهر الصحة، وأنكره بعضهم، وبعضهم قال: إنه مصرح به في «المحيط» وكان مستخرجه من أصول في المذهب سأذكرها.

فإن قلنا بالصحيح: لا تنفسخ الإجارة خلافًا لابن الحداد.

وإن قلنا بالانفساخ: ففي عود ما بقي من المنفعة إلى البائع وجهان وفي رجوع المشتري عليه بحصته من الأجرة وجهان أيضًا، ثم قال ما نصه؛ قلت: ومن القول بانفساخ الإجارة، ورجوع منفعة المدة الباقية إلى الأجير البائع وعدم رجوع المشتري عليه بقسطها من الأجرة تمسك القائل يصحح ما أوهمه لفظ الغزالي من عدم صحة البيع؛ لكون ذلك ملازمًا للبيع فتصير المنفعة في تقيمه المدة كالمستثناة، والاستثناء باللفظ إذا كان مبطلًا للعقد كان الاستثناء بالشرع مثله. =

منها: إذا أوصى لزيد برقبة دار ولعمرو منفعتها، فأجرها عمرو من زيد هل يصح؟ فيه وجهان:

ومنها لو مات المستأجر ووارثه المؤجر ففي انفساخ الإجارة الوجهان .

ومنها: إذا أجر دارًا من أبيه(١) ومات الأب في المدة ولا وارث له سوى المستأجر وعليه ديون مستغرقة وقلنا: إن الدين لا يمنع الإرث كما هو الجديد، أما إذا قلنا بالقديم فالإجارة باقية قولاً واحدًا، وقد ادعى الروياني أن الانفساخ في هذه الصورة هو ظاهر المذهب وهو ما جزم به الماوردي وفرق بينه وبين البيع من المستأجر: بأنه بالإرث صار قائمًا مقام المؤجر فلم ينفذ له عقد على نفسه وهو في البيع لا يقوم مقام البائع إلا فيما سمي بالعقد فعلى هذا قال ابن الحداد: الابن غريم يضارب بأجرة بقية المدة مع الغرماء وهذا بخلاف قوله في الشراء فمنهم من تكلف له فرقين:

أحدهما: أن الانفساخ في صورة الشراء حصل باختيار المستأجر، وفي الإرث لا صنع للمستأجر؛ فلا يسقط حقه.

والثاني: أن هناك الإجارة وإن انفسخت فلا تخرج المنافع من يده، وهاهنا تخرج، لأن الدار تباع في الديون وأبطل الأول بأنه لا فرق في سقوط الأجرة بين

= دليله: بيع الجارية واستثناء حملها، وبيعها إذا كانت حاملًا بحر والله أعلم انتهى كلامه.
فيه أمران:
أحدهما: أن هذا الخلاف الذي أوهمه كلام الغزالي ثابت، فقد رأيته مصرحًا به في شرح المصباح لأبي الخير سلامة بن إسماعيل بن جماعة المقدسي، وأبو الخير المذكور توفي قبل الغزالي بسنين كثيرة، فإن الغزالي توفي في سنة خمس وخمسمائة، وتوفي أبو الخير سنة ثمانين وأربعمائة؛ كما نقله المقشرني عن الحافظ المنذري، وأوضحته - أيضًا - في كتاب «الطبقات»، ونقل ابن أبي الدم في كتاب «العدد» غيره من شرحه للوسيط عن ابن جماعة المذكور، وقال: إنه رجل مجهول وهو غريب منه، فقد ترجم له غير واحد منهم المقشراي والمنذري المذكوران ومنهم الكنجي في «تاريخ بيت المقدس» في ترجمة الفقيه سلطان ١٩٣/ أ المقدسي ثم رأيته -أيضًا- مذكورًا في خطبة كتاب البيان الذي ألفه الفقيه سلطان المشار إليه في التقاء الختانين، فقال: كان عديم النظير في زمنه؛ لما كان مخصوصًا به من حضور القلب وصفاء الذهن وجودة الحفظ، هذا لفظه.
الأمر الثاني: ما ذكره من التمسك على إثبات الخلاف بانفساخ الإجارة إلى آخره تمسك فاسد؛ لأن جميع ذلك إنما هو تفريع على صحة البيع، والوجه الذي يخاف إثباته إنما هو إفساده، فكيف يستدل على الفساد بما هو مفرع على ضده، وهو قول الصحة. [أ و].

(٥) في جـ: وغيره. (١) في جـ: ابنه.

أن يفوت [محل][١] المنافع بفعله أو لا؛ كما إذا انهدمت الدار المستأجرة أو هدمها فإنه يرجع بالأجرة وأبطل الثاني فإنا[٢] لا نسلم أن المنافع تبقى للمشتري ثم إذا سلمنا ذلك فبقاؤها ليس من مقتضى الإجارة بل لحدوثها على ملكه بسبب ملك الرقبة والتملك بغير جهة الإجارة لا يقتضي استقرار الأجرة.

وقد حكى في البحر [عن القاضي الطبري][٣] فرقًا آخر ومعناه: أن في مسألة البيع ما فات على المستأجر من الأجرة جبره نقص الثمن، وما فات على الآجر من الثمن بسبب كونها مستأجرة جبرته الأجرة، فلو أوجبنا في هذه الحالة الأجرة لأضررنا بالبائع وفي مسألة الإرث لم يفت على الميت شيء بسبب الإجارة حتى يجعل الأجرة جابرة له ولا حصل للمستأجر شيء حتى يجعل الأجرة في مقابلته، فلو لم نوجب له الأجرة لأضررنا به وكان ابن الحداد يراعى نفى الضرر في الصورتين.

قال الروياني: وهذا فيه نظر؛ لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن وهي تبطل البيع، وفيما قاله نظر ومن تمام هذه المسألة أن المؤجر لو مات عن ولدين أحدهما المستأجر، وقلنا بمذهب ابن الحداد: لا تنفسخ الإجارة إلا فيما انتقل إليه بالإرث وهو النصف وله الرجوع بنصف أجرة ما انفسخ العقد فيه فيما ورثه أخوه وهذا ما حكاه الماوردي.

قال الرافعي: وهو مستبعد عند الأئمة لأنه يؤدي إلى أن يرث المستأجر نصيبه بمنافعه والآجر نصيبه مسلوب المنفعة، والله أعلم.

قال: وإن باع من غيره لم يصح في أحد القولين [أي: سواء أذن المستأجر أو لم يأذن كما ذكره المتولي؛ لأن][٤] يد المستأجر مانعة من التسليم بحق فكانت أولى بمنع البيع من يد الغاصب التي تمنع منه بظلم، وهذا ما صححه الشيخ أبو علي.

ويصح في الآخر، ويستوفي المستأجر ما بقي؛ [فإن لم يعلم المشتري بالإجارة ثبت له الخيار][٥] لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع من بيع الرقبة، كالأمة المزوجة، وهذا هو الصحيح في الحاوي، وتعليق البندنيجي وغيرهما.

فإن قيل: هل يمكن أن يكون مأخذ [هذا][٦] الخلاف في أن العقد يرد على

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: بأنا.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.
(٥) زيادة من التنبيه.
(٦) سقط في د.

العين أو [على][(١)] المنفعة.

فإن قلنا: يرد على العين امتنع.

وإن قلنا: يرد على المنفعة فلا.

قلت: لا يمكن؛ لأمرين:

أحدهما: أن هذا الخلاف حكاه الماوردي وغيره قولين، وما ذكرته وجهين، ولا يمكن تخريج قولين على وجهين.

والثاني[(٢)]: أن الخلاف المذكور في أن الإجارة ترد على العين أو المنفعة مذكور بعينه كما ذكره القاضي الحسين في عقد النكاح على الزوجة، ولم يمنع صحة بيع المزوجة اتفاقًا؛ فظهر أنه لا يصلح أن يكون مأخذ الخلاف.

ولكن[(٣)] الإمام حكى عن الأئمة أنهم بنوا هذا الخلاف على ما إذا باع دارًا واستثنى سكناها سنة؛ ففي[(٤)] صحة البيع قولان:

فإن قلنا: لا يمنع[(٥)] البيع عند الاستثناء؛ صح بيع الدار المكراة، وإلا فلا؛ هذه طريقة القاضي الحسين وسنذكر[(٦)] عن غيره خلافها[(٧)].

ثم إذا قلنا بصحة البيع، فوجد المستأجر عيبًا بالمستأجر ففسخ الإجارة، فلمن تكون المنفعة فيما بقي من مدة الإجارة؟ فيه وجهان:

اختار[(٨)] ابن الحداد منهما: أنها تكون للمشتري.

واختار[(٩)] أبو زيد: أنها [تكون][(١٠)] للبائع؛ وهذا ما صححه في البحر.

وحكي أن القاضي الطبري قال: وعلى هذا يجوز أن يبيع عينًا ويستثني منفعتها مدة.

قال ابن الصباغ والروياني: وهذا التخريج خلاف مذهب الشافعي.

والفرق بينهما ذكرته في باب ما يجوز بيعه.

وقد بنى المتولي الخلاف في أن منفعة المدة الباقية تعود إلى البائع والمشتري على أن الفسخ يرفع العقد من أصله أو من حينه إن قلنا بالأول، فهي للمشتري، وإلا فللبائع.

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: الثاني.
(٣) في جـ: لكن.
(٤) في جـ: وفي.
(٥) في د: يمتنع.
(٦) في جـ: وسنذكره.
(٧) في جـ: خلافا.
(٨) في د: اختيار.
(٩) في د: اختيار.
(١٠) سقد في جـ.

وقال: إنهما لو تقايلا وقلنا: إنها عقد، فهي للبائع، وكذا إن قلنا: إنه فسخ على الصحيح، وحكم هبة العين المستأجرة حكم بيعها، وفي رهنها طريقان حكاهما الماوردي في كتاب الصلح:

أحدهما: طرد القولين:

والثاني: القطع بالبطلان.

فرعان:

أحدهما: إذا أقر الآجر[(١)] بالعين المستأجرة لغير المستأجر ففي قبول إقراره بالرقبة[(٢)] قولان:

أحدهما: [لا؛][(٣)] كما لو أقر بما باعه لغير المشتري.

والثاني: نعم؛ لأنه مالك في الظاهر غير متهم في الإقرار، ويخالف إقرار البائع؛ لأنه يصادق ملك الغير؛ [وهذا هو الأظهر، والمنصوص في «عيون المسائل».

قال الرافعي][(٤)]: وقد ينبني الخلاف على أن المكري هل له بيع المستأجر؟ إن قلنا: نعم، صح إقراره، وإلا فهو على الخلاف في إقرار الراهن.

وإذا قلنا: يقبل إقراره؛ ففي بطلان حق المستأجر من المنفعة أوجه:

أظهرها: أنه لا يبطل.

والثاني: يبطل؛ تبعًا للرقبة؛ كالعبد إذا أقر على نفسه بالقصاص، يقبل، ويبطل حق السيد تبعًا.

والثالث: إن كان المقر به في يد المكتري؛ فلا تزال يده حتى[(٥)] انقضاء مدة الإجارة، وإن كان في [يد][(٦)] المقر له، فلا ينزع من يده.

وإذا قلنا: يبطل حق المكتري فهل له تحليف المكري؟ فيه الخلاف المذكور في أن المرتهن هل يحلف الراهن إذا أقر بالمرهون وقبلناه.

الثاني: بيع الحديقة المساقى عليها في المدة يشبه بيع المستأجر.

قال الرافعي: ولم أر له ذكرًا، نعم في فتاوى صاحب التهذيب: أن المالك إن

---

(١) في جـ: المستأجر.
(٢) في د: في الرقبة.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: في.
(٦) سقط في د.

باعها قبل خروج الثمرة لم يصح؛ لأن للعامل حقًّا في ثمارها؛ فكأنه استثنى بعض الثمرة وإن كان بعد خروج الثمرة لم يصح البيع في الأشجار ونصيب المالك من الثمار ولا حاجة إلى شرط القطع؛ لأنها[١] مبيعة مع[٢] الأصول ويكون العامل مع المشتري [كما كان مع البائع][٣].

قلت: وقد ذكرت لمنع البيع قبل انتهاء مدة العمل في المساقاة وجهًا ظاهرًا في باب ما يجوز بيعه فليطلب منه.

قال: وإن كان أي المستأجر عبدًا فأعتقه عَتَقَ؛ لأن الحيلولة لا تمنع العتق، دليله: صحة عتق المغصوب والآبق؛ ولأن الإجارة عقد على منفعة فلم يمنع العتق كالنكاح، [ولا تنفسخ الإجارة كالنكاح][٤].

قال: ويلزم المولى للعبد أقل الأمرين من أجرته أو نفقته.

أما وجوب أجرة المثل إذا كانت أقل من النفقة؛ فلأن الحرية قطعت سبب وجوب النفقة - وهو الرق - وقد فوت السيد عليه منافعه في باقي مدة الإجارة؛ فضمن بدلها، كما لو أكرهه على العمل.

وأما وجوب النفقة إذا كانت أقل من أجرة المثل؛ فلأن العتق إنما يقع على ما هو مملوك للسيد، والمنفعة في حال العقد لم تكن مملوكة له، فلم ينلها العتق، وامتنع أن يرجع ببدلها، [فوجبت النفقة؛ لأنه][٥] كالباقي على ملكه؛ بدليل أنه يملك بدل منفعته بحق الملك.

وهذا الوجه على هذا النعت لم أره فيما وقفت عليه، بل المحكي في المهذب وغيره أن العبد هل يستحق على السيد أجرة المثل أم لا؟ فيه قولان:

القديم: نعم، والجديد: لا، فعلى هذا هل يرجع السيد [بنفقته؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنها تجب في بيت المال.

والثاني: وهو الأشبه في الرافعي والمختار في المرشد أنها تكون على السيد][٦] استيفاء لما تقدم[٧] من حكمي الإجارة والنفقة؛ فقد حكى صاحب

---

(١) في د: لا. (٢) في جـ: من. (٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ. (٥) في جـ: ووجوب النفقة. (٦) سقط في د.
(٧) قوله نقلًا عن الشيخ: وإن كان - أي: العين المؤجرة - عبدًا فأعتقه عتق، ويلزم المولى للعبد أقل الأمرين من أجرته أو نفقته، ثم قال: وهذا الوجه لم أره لأحد، بل المحكي في المهذب وغيره: أن العبد هل يستحق على السيد أجرة المثل أم لا؟

التقريب وراء ذلك وجهين:

أحدهما: أن الإجارة تنفسخ بالعتق.

والثاني: أن العبد يثبت له الخيار بين فسخ الإجارة والبقاء عليها؛ كما ثبت للأمة إذا عتقت تحت عبد.

والمذهب الأول، وهو الذي أورده الجمهور، ومنهم صاحب التهذيب، وقال: إن الحكم في أم الولد إذا أجرها سيدها، ثم مات قبل انقضاء المدة كذلك.

وحكى وجهًا آخر: أن الإجارة تنفسخ بموت سيدها، وهو ما أورده [في][1] البحر؛ لأنه انتهى ملكه؛ فصار كما لو أوصى بمنفعة عبده[2] لشخص مدة حياته، ثم مات، وأجره الموصى له، ثم مات قبل انقضاء مدة الإجارة - فإنها تنفسخ في الباقي.

والإمام في مثل هذه الصورة يقول: تبينا أن الإجارة لم تصح في ذلك القدر.

وحكم المعلق عتقه بصفة إذا أجر[3] ثم وجدت الصفة حكم أم الولد.

فرع: إذا انفسخت إجارة المعتق بسبب من الأسباب؛ فالمنافع في المدة الباقية لمن تكون؟

فيه قولان: القديم: نعم، والجديد: لا، فعلى هذا هل يرجع على السيد بنفقته؟
فيه وجهان:
أحدهما: أنها تجب في بيت المال.
والثاني: وهو الأشبه في الرافعي، والمختار في المرشد: أنها تكون على السيد استيفاء لما تقدم. انتهى كلامه.
فيه أمور:
أحدها: أن ما أنكره قد ذكره في الروضة من زوائده، فقال: فإن قلنا: النفقة على السيد، فوجهان:
أحدهما: تجب بالغة ما بلغت.
وأصحهما: يجب أقل الأمرين من أجرة مثله وكفايته، هذه عبارته.
الثاني: أن ما نقله عن الرافعي هنا غلط؛ فإن الأشبه في الرافعي إنما هو الوجه الأول، وهو الوجوب في بيت المال، فانعكس ذلك على المصنف.
الأمر الثالث: أن القولين معًا في الجديد خلافًا لما ذكره هؤلاء وقلدهم فيه المصنف؛ فإن القول الذي نسبه المصنف إلى القديم، وهو القائل بالرجوع على السيد قد نص عليه في الأم في كتاب الصلح، وهذا الكتاب مذكور بعد أبواب اللعان فقال فيه في الكلام على ما إذا صالح على خدمة عبد سنة ما نصه: «ولو كانت المسألة بحالها فأعتقه السيد؛ كان العتق جائزًا، وكانت الخدمة عليه إلى منتهى السنة يرجع بها على السيد؛ لأن الإجارة بيع من البيوع لا تنقض ما دام المستأجر مسلمًا». هذا كلامه بحروفه ومنه نقلته. [أ و].

(١) سقط في جـ. (٢) في جـ: عبد. (٣) في جـ: أجره.

قال المتولي: [إن قلنا إن للمعتق الرجوع على السيد بالأجرة عادت إلى المعتق][(١)].

وإن قلنا: لا يرجع عليه [بها][(٢)] فالمنافع تكون للمعتق أو للسيد؟ فيه وجهان.

فرع: إذا أجر عبده، ثم مات، فأعتقه الوارث، فالحكم كما تقدم إلا في الرجوع على المعتق؛ فإنه لا يثبت.

فرع: للأب والوصي إجارة الصبي وماله[(٣)] كما يصح منهما بيع ماله.

وحكى الإمام عن رواية صاحب التقريب وجهًا: أنه لا يجوز للأب إجارته.

فعلى الأول: لا يجوز أن يجاوز بالإجارة مدة بلوغه بالسن.

فلو أجره ثم بلغ في أثناء المدة، فهل تنفسخ الإجارة فيما بقي؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه متصرف المولى عليه حين كان له التصرف، فأشبه [ما لو][(٤)] باع له شيئًا أو اشترى له شيئًا.

والثاني: يبطل؛ لأنه عقد على منافع لا يجوز له التصرف فيها؛ لأن المولى عليه بعد بلوغه يجوز له التصرف في منافع نفسه وماله دون غيره.

ومن هذه العلة يفهم أن محل الخلاف إذا بلغ رشيدًا، أما لو بلغ سفيهًا؛ فلا.

قال القاضي أبو الطيب بعد حكاية ما حكيته من الخلاف: ومن أصحابنا من قال: إن أجره مدة يتيقن أن يبلغ الصبي قبل مضيها؛ فإن العقد يبطل فيما يتيقن فيه البلوغ، وهل يبطل في الباقي؟ فيه قولا تفريق الصفقة.

وإن أجره مدة لا يتيقن بلوغه قبل انقضائها[(٥)]، لكنه بلغ بالاحتلام فإن العقد يكون صحيحًا في جميع المدة لازمًا؛ كما نقول في السيد إذا أعتق العبد بعدما أجره مدة.

وهذه الطريقة هي الصحيحة عند الروياني في الحلية.

وحكى الرافعي طريقة أخرى فيما إذا أجره مدة يعلم بلوغه في أثنائها بالسن - أن العقد باطل في الجميع قولاً واحدًا؛ كما إذا أجر الراهن المرهون مدة يحل الدين قبل انقضائها.

وصححها البغوي والذي صححه الإمام والمتولي عند البلوغ بالاحتلام الانفساخ.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) في د: أو مالها.
(٤) في د: إذا.
(٥) في د: مضيها.

وصحح الروياني في الحلية وغيره عدمه.

ثُم إذا قلنا بعدم الانفساخ، فهل يثبت [له] الخيار؟

فيه وجهان في طريق المراوزة:

أظهرهما: لا.

وقد جعل الإمام الخلاف في انفساخ العقد إذا أورده على ماله مرتبًا على الخلاف في انفساخه إذا ورد على نفسه، وأولى بعدم الانفساخ.

والخلاف في ثبوت الخيار في هذه الحالة مرتب على الخلاف في التي قبلها، وأولى بألا يثبت، كذا حكاه في آخر الباب. ولو أجر [الوليّ مال المجنون، فأفاق في أثناء المدة، فهو في معنى البلوغ بالاحتلام.

قال: **وإن أجر]**[١] **العين** قبل انقضاء المدة من غير المستأجر - لم يجز.

صورة المسألة: أن يؤجر داره مثلا شهرًا ثم يؤجرها من آخر الشهر الذي يليه، فلا يصح.

الثاني: لأمرين:

أحدهما: أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه فشابه إجارة الآبق.

والثاني: أن إمكان إيصال الشروع في الاستيفاء بالعقد لم يوجد.

قال: **وإن أجرها من المستأجر جاز في أظهر القولين**، قال البندنيجي: وهو المنصوص؛ لأن الدار في يد المستأجر والمنفعة [تقع][٢] متوالية في ملكه فصار القبض معجلاً؛ كما لو أجرها منه ابتداء الشهرين وقد صار إلى ترجيح هذا القول صاحب التقريب [وغيره][٣].

والقول الثاني: إنه لا يجوز؛ كما لا يجوز أن يؤجرها من غيره، وهو الذي صححه في الوسيط.

وقال الروياني [في البحر][٤] والبندنيجي: إنه الأقيس، وأن نظير المسألة ما إذا باع الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع، إن باعها من غير صاحب الأصل لم يجز، وإن باعها منه فوجهان، وقد احتج الغزالي لقول المنع بأن العقد الأول قد ينفسخ فلا يتحقق شرط العقد الثاني وهو الاتصال بالأول، ولناصر الأول أن يقول: الشرط رعاية الاتصال ظاهرًا، وذلك لا يقدح فيه الانفساخ

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د. (٣) سقط في د. (٤) سقط في ج.

العارض؛ ألا ترى أنه يجوز [السلم عندنا في المعدوم في الحال الموجود وكذا المحل وإن كان المسلم إليه قد يموت فيحل عليه الحق والمسلم فيه منقطع فلا يوجد شرط القطع، وكما يجوز أن يؤجر الشهر الثاني من المستأجر يجوز أن يؤجره من المستأجر منه ولا يجوز أن يؤجرها من المستأجر منه إذا كان المستأجر قد أجرها كما حكاه في التهذيب.

وعن فتاوى القفال: أنه يجوز][1]؛ لأنه الذي عاقده [فيضم إلى ما استحق بالعقد الأول الشهر الثاني][2].

[3]ولا يجوز أن يؤجرها من المستأجر ولو أجر داره سنة ثم باعها وجوزناه لم يكن للمشتري أن يؤجر السنة الثانية من المكتري، وترددوا في أن الوارث هل يتمكن منه إذا مات مورثه المؤجر.

فرع[4]: يجوز أن يؤجر الحيوان من آدمي وغيره شهرًا [في] النهار دون الليل بخلاف غيره؛ لما في إدامة استعمال الحيوان من الإضرار به بخلاف غيره، وأوقات الصلوات من النهار مستثناة، وكذا سننها الرواتب وأوقات الطهارة ولا ينقص من الأجرة شيء، ولا فرق بين صلاة الجمعة وغيرها.

وعن ابن سريج كما حكاه الرافعي في أواخر الباب: أنه يجوز له ترك الجمعة بهذا السبب والسبوت في استئجار اليهود تقع مستثناة إذا اطرد عرفهم بذلك ذكره الغزالي في فتاويه.

قال: **وإن انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع فإن كان بتفريط من المستأجر** أي بأن زرع ما يستحصد في تلك المدة أو أخر البذر **جاز إجباره على قلعه وتسوية الأرض** لتعديه كالغاصب، وهذا لفظه في التهذيب.

قال: **وجاز تركه بأجرة**؛ لأن الحق للمالك فجاز تركه برضاه، قال في التتمة: ولا يجوز إجباره على القلع قبل انتهاء المدة؛ لأن منفعة الأرض في الحال ملكه وهل له منعه من زراعة ما لا يدرك في تلك المدة ابتداء؟

قال الشيخ في المهذب: يحتمل ألا يمنع زرعه كما لا يقلع إذا زرع، وما ذكرناه عن التهذيب يقتضي المنع.

---

(١) سقط في د.

(٢) في د: فيضمن ما استحق بالعقد الأول الشهر الذي يليه.

(٣) زاد في جـ: قال.

(٤) في جـ: قال.

قال: وإن لم يكن بتفريط منه أي: بأن يكون لتأخير المطر، أو لكثرته، أو لحر أو برد، أو لكون الجراد أكل رءوس الزرع فنبت ثانيًا وتأخر الإدراك لذلك.

قال: فقد قيل: يجوز إجباره؛ لأنه مفرط بترك الاستظهار في مدة الإجارة.

وقيل: لا يجوز؛ لأن هذه الموانع ليست من صنعه وهو معذور في ترك الزيادة على المدة المحتاج إليها عادة، وهذا ما قال المتولي: إنه المذهب، وجزم به القاضي الحسين؛ فعلى هذا يجب على المستأجر أجرة المثل لما زاد، وهذا كله إذا استأجر للزراعة وأطلق وجوزناه كما هو الصحيح، أما إذا عين زرعًا نظر: إن عين ما [لا][1] يستحصد في تلك المدة فالحكم فيما إذا زرع ما لا يستحصد فيها، أو ما يستحصد في تلك المدة كما إذا استأجر لزراعة الحنطة شهرين: فإن شرط القلع بعد مضي المدة جاز وكأنه لا [يبغي إلا الفضل][2] ثم لو تراضيا على الإبقاء بعد ذلك مجانًا لو تأخر فلا بأس، وإن شرط الإبقاء فسد العقد للتناقض بينه وبين التأقيت، فلو زرع لم يقلع زرعه مجانًا للإذن، بل يؤخذ منه أجرة المثل لجميع المدة، وإن أطلقا العقد ولم يتعرضا لقلع ولا إبقاء فوجهان:

أحدهما: وهو ظاهر كلام الشافعي كما حكاه الماوردي وبه قال الشيخ أبو محمد: أنه فاسد؛ لأن العادة في الزرع الإبقاء فكان كما لو شرطا.

وأصحهما في الرافعي وبه جزم القاضي الحسين: أن التأقيت يحضر المعقود عليه في منفعة تلك المدة فعلى هذا إن توافقا بعد المدة على إبقائه مجانًا أو بأجرة فذاك وإن أراد المالك إجباره على القلع فوجهان:

أحدهما وبه قال أبو إسحاق: أنه يتمكن منه.

[وأشبههما] ويحكى عن القفال: أنه لا يتمكن منه؛ لأن العادة في الزرع الإبقاء.

وعلى هذا فأظهر الوجهين أن له أجرة المثل للزيادة.

وفيه وجه لا؛ لأنه إذا أجر مدة لا يدرك فيها الزرع كان معيرًا[3] للزيادة على تلك المدة.

قال أبو الفرج السرخسي: إذا قلنا لا يقلع بعد المدة [لزم تصحيح العقد فيما إذا شرط الإبقاء بعد المدة،][4] وكأنه صرح بمقتضى الإطلاق ولو عين ما يشك

---

(١) سقط في جـ.

(٢) في جـ: يبقى إلا القصد.

(٣) في د: متعين.

(٤) سقط في جـ.

في أنه هل يستحصد في تلك المدة أم لا؛ كما إذا استأجر لزراعة البر خمسة أشهر - فإنه يجوز أن يحصد فيها في بعض البلاد وبعض السنين.

قال الماوردي: حكمه حكم ما ذكرناه فيما إذا علم أنه يستحصد؛ إسقاطًا للشك واتباعًا لليقين.

فرع: إذا انقضت مدة الإجارة للبناء والغراس، والبناء والغراس [قائم فالحكم](١) فيه كالحكم فيما لو رجع المستعير في العارية وقد ذكرناه، ومن تتمته: أنه لو شرط في الإجارة للبناء والغراس التبقية بعد المدة ففي الصحة وجهان:

أرجحهما عند الإمام والبغوي: الفساد.

والثاني وهو الذي أجاب به العراقيون أو معظمهم وكذا الماوردي: الصحة؛ لأن الإطلاق يقتضي الإبقاء فلا يضر شرطه ويصير مستعيرًا على مذهب الشافعي؛ فلا يلزمه [الأجرة](٢).

قال الرافعي: وبهذا يتأيد كلام السرخسي في مسألة الزرع.

قال: وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة جاز أن تعقد بلفظ السلم؛ لمساواته السلم في الثبوت في الذمة.

وصورة ذلك أن يقول: أسلمت إليك هذا الدينار أو دينارًا في ذمتي في خياطة ثوب من صفته كذا وكذا، ويبين نوع الخياطة إن اختلف إلى فارسية ورومية. والفارسية بغرزة والرومية بغرزتين، أو في بناء حائط في موضع كذا طوله كذا [وعرضه كذا](٣) وارتفاعه كذا ويصف ما يبنى به.

قال: وإن عقد بلفظ السلم اعتبر فيه قبض الأجرة في المجلس؛ لأنه سلم **وإن عقد بلفظ الإجارة فقد قيل: يعتبر** أي القبض اعتبارًا بالمعنى؛ فإن معناه معنى السلم، وهذا هو الأصح عند العراقيين، والشيخ أبي علي والبغوي.

وقال في التتمة في كتاب الحج: إنه المذهب.

وقيل: لا يعتبر اعتبارًا بلفظه وهو ما اختاره مختارون، وهذه القاعدة مطردة في مسائل السلم بلفظ الشراء كما حكاه أبو الطيب، والشراء بلفظ السلم، والبيع بلا ثمن، والهبة بثمن، والقراض على أن الربح لأحدهما، والمباضعة(٤) على أن الربح بينهما، ولكن الأصح في بعض النظر إلى اللفظ إذا كان المعنى بعيدًا، وفي

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في ج. (٣) سقط في ج. (٤) في د: البضاعة.

بعض النظر إلى المعنى إذا كان قريبًا، وما ذكره الشيخ هو المشهور.

وحكى مجلي فيما إذا عقد بلفظ السلم [أو بلفظ][١] الإجارة ثلاثة أوجه:

أحدها: يشترط قبض الأجرة في المجلس.

والثاني: لا يشترط والقائل به يقول: يتبع المعنى لا الاسم.

والثالث: إن كان بلفظ السلم اشترط، وإن كان بلفظ الإجارة فلا.

وعلى كل حال فلا يجوز أن تكون الأجرة في هذه الحالة مؤجلة كما صرح به في المهذب؛ كي لا يكون بيع دين بدين.

وفي الحاوي: أنه إن عقد على ما في الذمة حالًّا جاز أن تكون الأجرة فيه حالة ومؤجلة، وإن عقد على مؤجل كاستئجار بعير [في الذمة][٢] يركبه إلى مكة بعد شهر من[٣] وقته لم يجز تأجيل الأجرة فيه؛ لأنها تصير دينًا بدين، وهل يلزم تعجيل قبضها قبل الافتراق أم لا؟ [فيه وجهان][٤]:

قال: **ولا تستقر الأجرة في هذه الإجارة إلا بالعمل**؛ لأن المعقود عليه ما في الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه.

وفي الرافعي، والوسيط: أن الإجارة إذا وردت على الذمة وسلم دابة بالوصف المشروط فمضت المدة عند المكتري استقرت الأجرة لتعيين حقه بالتسليم وحصول التمكين.

ويمكن أن يحمل ما قاله الشيخ على ما إذا اعتمد العقد العمل كما صورناه، وما قاله الرافعي وغيره على ما إذا اعتمد الدابة؛ كما إذا قال: آجرتك دابة في ذمتي من صفتها[٥] كذا وكذا إلى موضع كذا فسلمها، كما سنذكر مثله عن الشيخ

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: في ذمته.
(٣) في د: في.
(٤) في د: على وجهين.
(٥) قوله: قال - يعني الشيخ-: ولا تستقر الأجرة في هذه الإجارة أي الواردة على الذمة، إلا بالعمل ثم قال: وفي الرافعي، والوسيط: أن الإجارة إذا وردت على الذمة وسلم دابة بالوصف المشروط، فمضت المدة عند المكري استقرت الأجرة لتعين حقه بالتسليم وحصول التمكين؛ ويمكن أن يحمل ما قاله الشيخ على ما إذا اعتمد العقد العمل، كما إذا قال: ألزمت ذمتك خياطة ثوب من صفته كذا بكذا، وما قاله الرافعي وغيره على ما إذا اعتمد الدابة فقال مثلًا: أجرتك دابة في ذمتي ونصفها. انتهى.
وهذا الحمل الذي ذكره غير صحيح، فإن الرافعي صرح في القسمين بالاستقرار، فإنه صرح به أيضًا فيما إذا ألزم ذمة الحر عملًا فسلم نفسه أو عبده، ومضت المدة كما صرح به في الدابة؛ فعلم بذلك أن الرافعي يسوي بين الصورتين. [أ و].

أبي محمد من بعد، ويدل عليه أن لفظ الغزالي إذا حبس المكري الدابة التي استأجرها استقرت عليه الأجرة، وإن لم يستعملها حتى مضت المدة في حبسه؛ سواء كانت الإجارة واردة على عين الدابة أو على الذمة.

وفي التتمة: أنه إذا التزم في ذمته عملاً من الأعمال ثم سلم نفسه إليه ليستعمله.

وقلنا: إن تسليم النفس في الإجارة على منفعة محصورة يحصل تسليمها أو سلم عبده ليستعمله، أو أذن لعبده حتى التزم في ذمته عملاً وسلم نفسه - هل تستقر الأجرة بمضي مدة يمكن فيها الإتيان بذلك الفعل أم لا؟ فيه وجهان:

قلت: ولا بد مع ذلك من ملاحظة إجبار من له دين حال في ذمة إنسان بذله إليه لقصد براءة الذمة لا غير، أما إذا لم يجبره على قبضه فلا يتجه الاستقرار أصلا.

قال: ويجوز أن يعقد على [عمل][(١)] **معجل ومؤجل [كالسلم]**[(٢)]؛ وصورة المعجل أن تقول: أسلمت إليك في خياطة هذا الثوب حالاً [أو ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب حالاً أو استأجرتك على تحصيل خياطة هذا الثوب حالاً][(٣)].

وصورة المؤجل: أن يقول ما ذكرناه ويذكر بدل قوله حالاً إلى شهر مثلا.

قال: وإن هلكت العين [أو غصبت أي العين][(٤)] التي سلمها الآجر للمستأجر؛ ليستوفي منها ما في الذمة لم تنفسخ الإجارة بل يطالب بالبدل؛ لأن المعقود عليه ما في الذمة، وهو باق وليس للمستأجر في هذه الحالة مطالبة الغاصب بالأجرة اتفاقًا.

ومن هذا يظهر أنها إذا تعيبت لا فسخ له، بل يردها ويطالب ببدلها من طريق الأولى.

واعلم أن العين المسلمة عن هذه،الإجارة وإن لم ينفسخ العقد بتلفها؛ فإنه يثبت فيها حق واختصاص حتى يجوز له إجارتها.

ولو أراد المكري إبدالها، فهل له ذلك دون رضى المكترى؟ فيه وجهان:

أصحهما عن المعظم: لا؛ لما فيها من حق المكترى.

والثاني عن الشيخ أبي محمد: أنه يفرق بين أن يعتمد اللفظ الدابة بأن يقول:

---

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في التنبيه. (٣) سقط في جـ. (٤) سقط في جـ.

أجرتك دابة في ذمتي من صفتها[(١)] كذا [فلا يجوز إبدال التي][(٢)] سلمها أو لا يعتمد بأن يقول: التزمت إركابك على دابة صفتها كذا، فيجوز الإبدال، وهذا ما اختاره في الوسيط ويترتب على الوجهين ما إذا أفلس المكري بعد تعيين الدابة، هل يقدم المكتري[(٣)] بمنفعتها؟ والأصح: [التقديم][(٤)]، وهو المذكور في التهذيب. ولو أراد المكتري أن يعتاض عن حقه في إجارة الذمة، قال الرافعي: إن كان قبل أن يسلم دابة لم يجز؛ لأنه اعتياض عن مسلم فيه وإن كان بعد التسليم جاز؛ لأن الاعتياض - والحالة هذه - واقع في حق [عن عين][(٥)].

وفي التتمة: أنه هل يجوز أن ينقل هذه المنفعة إلى غيره بعقد الإجارة أم لا؟

ينبني ذلك على أن تسليم الأجرة في المجلس هل هو شرط أم لا؟ فإن اعتبرناه - لم يجز - وإلا فالحكم كما ذكرناه فيما لو استأجر عين مال.

قال: **وإن [هرب المكري، اكترى عليه**؛ لأنه حق في ذمته) تدخله النيابة فحصله الحاكم للمستحق؛ كمن أسلم في طعام إلى أجل، فهرب المسلم إليه عند حلوله - فإن الحاكم يستوفي لصاحب الحق حقه من ماله.

والإكراء يكون بمال المكري إن أمكن، وإلا فيما يقترض عليه من مال بيت المال أو من المستأجر أو [من][(٦)] غيره.

ولا يجوز في هذه الصورة أن يفوض القاضي الأمر في الإكراء إلى المكتري كما نص عليه في البويطي؛ لأن حرصه على استيفاء حقه يمنعه من النظر للغائب.

وهذا النص: شبيه بما حكيناه عن العراقيين في كتاب الرهن؛ أنهم لا يجوزون أن يكون المرتهن وكيلاً في بيع الرهن في غيبة الراهن؛ لهذا المعنى.

قال: **فإن تعذر ذلك؛ ثبت للمكتري الخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلى أن يجده**؛ لأنه تأخر حقه؛ فثبت له الخيار؛ كما لو أسلم في شيء فتعذر.

وإذا فسخ لا يقترض عليه الحاكم لوفاء الأجرة؛ لأنها دين، وبالاقتراض يجدد مثله.

فرع: إذا كانت الإجارة على الحج في الذمة، ولم يحج الأجير في السنة الأولى، فهل تنفسخ الإجارة أم لا؟

---

(١) في جـ: صفته.
(٢) في جـ: فيجوز إبدالها.
(٣) في د: المكري.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: غيره.
(٦) سقط في د.

قال الأصحاب: إذا أطلق العقد، كان محمولاً على السنة الأولى[١]، منزلاً[٢] منزلة تعيينها ولو عين، فأخر الحج عنها، فهل تنفسخ الإجارة؟ فيه طريقان حكاهما الإمام:

أظهرهما: أنه على قولين؛ كما في المسلم فيه إذا انقطع، وأصحهما: عدم الانفساخ.

والطريق الثاني: القطع به.

فعلى هذا: إن كان الاستئجار من المغصوب، ثبت له الخيار، وكذا إن كان المستأجر للميت قد تطوع بالأجرة من ماله، فله الخيار. وإن كان الاستئجار][٣] للميت بماله، فالذي صار إليه العراقيون: أنه لا خيار؛ لأن الأجرة لتحصيل الحج؛ فلا انتفاع باستردادها.

وتوقف الإمام فيما ذكروه؛ فإن الورثة تستفيد بالفسخ صَرْف الأجرة إلى من هو أحرى بالتحصيل.

وأيضًا فإنهم إذا استردوها، تمكنوا من إبدالها بغيرها.

وأورد البغوي وغيره: أن على الوارث مراعاة النظر للميت: فإن كانت المصلحة بفسخ العقد، لخوف إفلاس الأجير أو هربه، فلم يفعله - ضمن.

قال الرافعي: وهذا هو الأظهر، ويجوز أن يحمل المنسوب إلى العراقيين على أحد أمرين رأيتهما للأئمة:

أحدهما: صوَّر بعضهم المنع فيما لو كان الميت قد أوصى بأن يحج عنه إنسان بمائة - مثلاً ووجهه بأن الوصية مستحقة الصرف إلى المعين.

الثاني: حكى الحناطي أن أبا إسحاق ذكر في الشرح أن للمستأجر للميت أن يرفع الأمر للحاكم[٤] ليفسخ العقد إن كانت المصلحة تقتضيه، وإن لم يستقل به فإذا نزل ما ذكروه على التأويل الأول لم يقع خلاف، وإن نزل على الثاني بان أمره.

فرع: ذكره الإمام في باب الإجارة على الحج:

إذا قال: ألزمت ذمتك أن تحصِّل لي حجة بنفسك، قال الصيدلانى: الإجارة صحيحة ومتضمنة أن يكون هو الحاج، ولا ينيب غيره مناب نفسه، وهذه الصورة من قسم إجارة الذمة.

وهذا زلل عظيم، فإن ربط الشيء بمعين حتى لا يقوم غيره مقامه مع اعتقاد

---

(١) في ج: والأولى. (٢) في د: منزلة. (٣) سقط في د. (٤) في د: القاضي.

التحاق ذلك بالديون - متناقض[1]، والإجارة على الذمة قسم من أقسام السلم، والسلم في شجرة معينة باطل. انتهى.

ويقرب مما ذكره الصيدلاني في البعد - وإن لم يكن في معناه - ما صار إليه القاضي الحسين فيما إذا قال: استأجرتك لكذا، أو لتفعل كذا - أن هذه إجارة ذمة، ولا تكون إجارة عين ما لم يقل: استأجرت عينك أو نفسك لكذا أو لتعمل كذا.

والأظهر: أن هذه إجارة عين.

قال: وإن[2] **دفع إليه ثوبًا فقطَّعه قميصًا** [ثم اختلفا][3]؛ **فقال صاحب الثوب: أمرتك أن تقطعه قباء، فعليك الأرش، وقال الخياط: بل أمرتني بقميص فعليك الأجرة؛ تحالفا على ظاهر المذهب**؛ لأنهما اختلفا في صيغة[4] العقد مع اتفاقهما على أصله؛ فاقتضى أن يتحالفا؛ كالمتبايعين. [و][5] لأن كلا منهما يصير منكِرًا ومدعيًا [عليه][6]؛ فالخياط يدعي الأجرة، وينفي الضمان، ورب الثوب يدعي الضمان، وينفي الأجرة.

ولأنهما لو اختلفا والثوب صحيح، فقال رب الثوب: استأجرتك لتخيطه قميصًا، وقال الخياط [بل استأجرتني][7]: لأخيطه قباء تحالفا عليه، ولا يختلف قول الشافعي في ذلك، وإذا كان كذلك وجب إذا اختلفا بعد قطع الثوب أن يتحالفا عليه؛ لأن ما أوجب التحالف [مع بقائه أوجب التحالف][8] مع تغير أحواله، كذا قاله الماوردي.

ومراد الشيخ بظاهر المذهب: ظاهر نصه في الجامع الكبير كما سنذكره مع نصه في الإملاء على التحالف فيما إذا سود الصباغ ثوب إنسان وقال له: هكذا أمرتني، وقال مالك الثوب: بل أمرتك بصبغه أحمر، وقد روى القاضي أبو الطيب أن الشافعي قال في اختلاف العراقيين: كان ابن أبي ليلى يقول: إن القول قول الخياط.

وقال أبو حنيفة: القول قول رب الثوب، وهذا أصح القولين، وغير القاضي

---

(١) في جـ: مناقض.
(٢) في التنبيه: وإذا.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: صحة.
(٥) في جـ: لأن.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ.

يرونه أشبه القولين[١]، وإن المزني نقل هذه المسألة إلى المختصر وجامعه الكبير وذكر هذين القولين ثم قال: قال الشافعي: وكلاهما مدخول؛ لأن الخياط يدعي الأجرة، وينفي الضمان، ورب الثوب ينفي الأجرة، ويدعي الضمان؛ فلا أقبل قولهما، وأردهما إلى أصل القياس على السنة، فيحلف كل واحد منهما لصاحبه، وأرد الثوب على صاحبه، ولا أجرة للخياط، ولا ضمان عليه.

فاختلف الأصحاب من أجل هذه الروايات في هذه المسألة على خمسة طرق:

أحدها: أن المسألة على قول واحد وهو ما ذكره الشيخ، وما قاله في الجامعين فهو حكاية مذهب الغير ويؤيدها قوله بعد حكاية كلامهما[٢]: وكلاهما مدخول؛ وبهذه الطريقة قال أبو علي الطبري في الإفصاح، وصاحب التقريب، والشيخ أبو حامد، ومتأخرو[٣] الأصحاب؛ كما قال الماوردي بعد أن صححها.

وحكى في البحر: أن القاضي الطبري قال: إنما نقل ذلك صاحب الإفصاح من الجامع الكبير، وليس ذلك مذهب الشافعي، وإنما ذلك حكاية عَن غيره.

والطريق الثاني: أن المسألة على قولين:

أحدهما: ما ذكرناه.

والثاني: أن القول قول المالك لإعراضه عن مذهب ابن أبي ليلى، وقوله: إن مذهب أبي حنيفة أشبه.

ووجهه: أنهما لو اختلفا في أصل الإذن كان القول قوله؛ فكذلك في صفته؛ كما إذا قلنا فيما إذا اختلف في صفة الإذن في الوكالة: إن القول قول الموكل، ونظائر ذلك.

ولأن الخياط معترف بأنه أحدث نقصًا في الثوب، ويدعي أنه مأذون له فيه،

---

(١) قوله: قال - يعني الشيخ-: وإن دفع إليه ثوبًا فقطعه قميصًا، فقال صاحب الثوب أمرتك أن تقطعه قباءً فعليك الأرش، وقال الخياط: بل أمرتني بقميص فعليك الأجرة تحالفا على ظاهر المذهب.
ثم قال: وقد روى القاضي أبو الطيب: أن الشافعي قال في اختلاف العراقيين: كان ابن أبي ليلى يقول: القول قول الخياط، وأبو حنيفة يقول: القول قول المالك، وهذا أصح القولين، وعير القاضي يرونه أشبه القولين: انتهى كلامه.
وهو يوهم انفراد القاضي بنقل لفظ الأصح عن الشافعي، وليس كذلك، فقد عبر بهذه اللفظة بعينها جماعات منهم: المحاملي في كتاب القولين والوجهين وفي كتاب المجموع؛ ومنهم ابن الصباغ في «الشامل» والمتولي في «التتمة». [أ و].

(٢) في د: كل مهما.

(٣) في جـ: متأخر.

والأصل عدمه، وهذا ما اختاره المزني، وصححه الأكثرون، ومنهم القاضي الروياني، وقال: إن قول التحالف لا يصح؛ لأن الاختلاف واقع في الإذن لا في الأجرة والغرم، فكان القول قول الآذن.

والطريق الثالث: أن المسألة على قولين لا غير:

أحدهما: أن القول قول الخياط؛ لأنهما اتفقا على الإذن في القطع، والظاهر أنه لا يتجاوز المأذون.

ولأن المالك يدعي عليه الغرم والأصل عدمه؛ وبهذه العلة فارقت هذه المسألة مسألة الوكالة، وقد ذكرت الفرق بينهما في باب الوكالة.

والثاني: أن القول قول المالك لما ذكرناه.

وما استدل به من كونهما اتفقا على القطع يبطل بما إذا دفع إليه ثوبًا، وقال: هو وديعة، فقال الآخر: هبة - فإن القول قول الدافع مع اتفاقهما على القبض.

وما ذكر من أن الظاهر أنه لا يتجاوز المأذون - لا يصح مع تجويز الخطأ والنسيان، مع أن العرف إنما يستعمل في إطلاق العقود[١] لا في التنازع.

دليله: أن العطار أو الدباغ لو اختلفا في شيء من آلة العطر أو[٢] الدباغ؛ لم يرجح قول أحدهما.

وما ذكر من كون المستأجر يدعي عليه الغرم والأصل عدمه يبطل بما لو اختلفا في [أصل][٣] الإذن؛ وهذه طريقة ابن سريج، وأبي إسحاق، وابن أبي هريرة، والقاضي أبي حامد، كما حكاه الماوردي، وصار إليه الأكثرون؛ كما قال الرافعي، وصححها تبعًا للروياني.

واحتج القائلون بأنهما[٤] قولان للشافعي بأنه قال لأحدهما: هو أشبه القولين.

وفي البحر: أن القاضي أبا حامد قال: القول قول رب الثوب قولاً واحدًا ولم يحك قولاً ثانيًا في المسألة.

الطريق الرابع: أن المسألة على ثلاثة أقوال:

ظاهر المذهب: القول قول المالك.

القول قول الخياط، وهذه الطريقة معزوة في شرح الجويني إلى القفال، وقد حكاها القاضي أبو الطيب والبندنيجي والشيخ في المهذب عن بعض أصحابنا،

---

(١) في جـ: المعقود.
(٢) في جـ: و.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: بكونهما.

وقال الماوردي: لعلها طريقة أبي الطيب بن سلمة وأبى حفص بن الوكيل.

والطريق الخامس: حكاه أبو الفرج السرخسي في أماليه عن ابن سريج: أنه [إن جرى][١] بينهما عقد، فليس إلا التحالف؛ كسائر الاختلافات في بقية[٢] المعاوضات.

وإن لم يجر فالخياط لا يدعي الأجرة، وإنما النزاع في الأرش[٣]، ففيه القولان المذكوران في الطريقة الثالثة.

التفريع:

إن قلنا بظاهر المذهب، وهو التحالف فلا تخفى كيفيته مما تقدم في البيع، والمالك هنا في رتبة البائع ثَمَّ والحكم بعد جريانه مذكور في الكتاب.

قال: **ولا يستحق الخياط الأجرة**؛ لأن التحالف يوجب رفع العقد، فتصير كأن لا عقد، وحينئذ فلا أجرة؛ لأن العمل غير مأذون فيه.

فعلى هذا: إن كان الخيط من نفس الثوب، لم ينزع وإن كان من الخياط، فله نزعه، وإن بذل له رب الثوب قيمته، لم يلزمه القبول.

ولو قال: أنا أشد خيطي في طرف خيطك حتى إذا جررت خيطك دخل خيطي مكانه - لم يلزمه ذلك أيضًا.

وهكذا الحكم في كل موضع قلنا: لا يستحق الأجرة.

قال: **وهل يلزمه**[٤] أي الخياط **أرش النقص؟ فيه قولان**: أي منصوصان في [الإملاء][٥]:

أحدهما: يلزمه؛ لأنهما إذا تحالفا فكأن لا عقد و[لو][٦] لم يتعاقدا وقطع لزمه الأرش، فكذلك هاهنا.

---

(١) في جـ: أجرى. (٢) في جـ: كيفية.

(٣) قوله: وفي المسألة خمسة طرق، ثم قال: والطريق الخامس عن ابن سريج: إن جرى بينهما عقد فليس إلا التحالف، وإن لم يجر فالخياط لا يدعي الأجرة، وإنما النزاع في الأرش، فهل يصدق المالك أو الخياط؟ قولان. انتهى.
وحكايته هذه المقالة طريقة خامسة سهو، تبع فيه الرافعي، فإن ذلك يقتضي طرد الخلاف السابق مطلقًا، سواء جرى عقد أم لا، وهو محال؛ فإن التحالف إنما يكون بعد الاتفاق على العقد.
وأيضًا: فإن التصوير والكلام جميعه إنما هو في طلب الخياط الأجرة ودفع الأرش عنه، ودعوى المالك عكس ذلك، نعم هذه مسألة مستقلة وحكمها متجه. [أ و].

(٤) في التنبيه: يلزم. (٥) سقط في د. (٦) سقط في أ.

والثاني: لا يلزمه؛ لأنه نفى بيمينه ما ادُّعي عليه من العدوان؛ فوجب أن يعمل بموجبها كيمين صاحب الثوب في نفي الأجرة.

وأيضًا: فإنه لو لم يحلف لكان لا يلزمه إلا أرش النقص، فلا بد وأن يكون ليمينه فائدة؛ وهذا ما رآه[1] المزني في الجامع الكبير، وهو الأصح، وبه جزم الماوردي، والقاضي الحسين.

ثم على الأول: فيما يغرمه من الأرش ثلاثة أقوال حكاها الماوردي:

أحدها: ما بين قيمة الثوب صحيحًا ومقطوعًا قميصًا لأنه أثبت بيمينه: أنه لم يأذن في هذا القطع، وقد اختار هذا أبو إسحاق وصححه الإمام.

والثاني: ما بين قيمته مقطوعًا قباء ومقطوعًا قميصًا، فيقال: كم قيمة الثوب صحيحًا؟ فإذا قيل: عشرون، قيل: وكم قيمته مقطوعًا قباء؟ فإذا قيل: خمسة عشر، قيل: وكم قيمته مقطوعًا قميصًا؟ فإذا قيل: ثلاثة عشر؛ لزمه درهمان.

فلو خرجت القيمتان متساويتين، فلا شيء عليه.

ووجه هذا: أن أصل القطع مأذون فيه، وإنما تعدى بالزيادة.

قال الإمام: وهذان القولان محلهما إذا جرى ابتداء القطع على حسب الإذن، ثم ترتب عليه قطع يخالف الإذن، أما إذا كان القطع المنفي باليمين على وجه لا يترتب شيء منه على جنس القطع المأمور به، فيجب القطع بإيجاب إتمام الضمان.

وقد حكى الشيخ أبو محمد هذين القولين وجهين، وبناهما على أصلين:

أحدهما: القولان فيما إذا اكترى أرضًا ليزرعها حنطة، فزرعها ذرة - ففي قول: عليه أجرة المثل؛ نظرًا إلى أن ابتداء الفعل عدوان، وفي قول: يغرم تفاوت ما بين الزرعين.

والأصل الثاني: الخلاف في أن الوكيل إذا باع بالغبن الفاحش كم يغرم: هل جميع قدر الغبن أو يحط عنه ما يتغابن بمثله؛ لأنه كالمأذون فيه؟

ولم يرتض الإمام البناء على الأصل الأخير.

والقول الثالث: أن ما يصلح من القميص للقباء لا يلزمه ضمانه، وما لا يصلح [له][2] يلزمه ما بين قيمته صحيحًا ومقطوعًا؛ وهذا ما اختاره ابن أبي هريرة وأدرجه الروياني في البحر في القول الثاني.

---

(١) في د: رواه.

(٢) سقط في جـ.

ثم إذا قلنا: إنه يغرم تفاوت ما بين القطعين، فهل يستحق الأجرة للقدر الذي يصلح للقباء من القطع؟

فيه وجهان عن ابن أبي هريرة:

أحدهما: نعم، وبه أجاب في التهذيب، وضعفه ابن الصباغ؛ لأنه لم يقطعه للقباء، وإن قلنا: إن القول قول الخياط فلا بد من اليمين، وفي كيفيتها وجهان حكاهما الماوردي:

أحدهما - وهو ما حكاه ابن الصباغ والبندنيجي والإمام-: أنه يحلف إنه ما أذن له في قطعه قباء ولقد أذن له في قطعه قميصًا.

والثاني-: وهو قول الشيخ أبي حامد، وهو الذي صححه الماوردي-: أنه يحلف إنه أذن في قطعه قميصًا.

ثم إذا حلف فلا أرش عليه، وهل يستحق الأجرة؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو قول ابن أبي هريرة وطائفة، والأصح في تعليق البندنيجي والبحر-: نعم؛ عملاً بتصديقه.

فعلى هذا: أي أجرة يستحق؟ فيه وجهان في الحاوي وغيره:

أحدهما: الأجرة التي ادعاها؛ عملاً بما ذكرناه.

قال الإمام: وهذا الذي صرح به شيخي، وهو بعض ما ذكره الصيدلاني وغيره.

والثاني: أجرة المثل، وهو الذي أورده القاضي أبو الطيب، والقاضي الحسين، والبندنيجي.

وفي الذخائر: أن هذا إذا كان دون ما ادعى: أنه المسمى، أما إذا كان المسمى أقل، فلا يجب سواه؛ وهو مستنبط من كلام الإمام.

وعلى هذا القول: على الخياط تسليم الثوب مخيطًا؛ لأن الخيوط إن كانت لرب الثوب؛ فهو أحق بها، وإن كانت للخياط؛ فقد صارت تابعة لعمله.

والأظهر في الرافعي، وبه قال أبو إسحاق وأبو علي الطبري:

أنه لا يستحق الأجرة؛ لأنه في الأجرة مدعٍ؛ فيكون القول قول المنكر، وفائدة اليمين: دفع الغرم عن نفسه.

فعلى هذا: للخياط أخذ الخيط إن كان ملكه، وهو منتفع به، كما قيده الإمام، وعليه ضمان ما نقص من الثوب بأخذه؛ كما إذا صبغ ثوب الغير بصبغ من عنده، ثم نزعه.

فعلى هذا: له أن يعرض اليمين على المالك، فإن حلف انتهت الخصومة، وإن نكل فوجهان:

أحدهما: تثبت له الأجرة بالنكول مع اليمين السابقة، وبه قال القاضي الحسين.

والثاني: لا بد من الحلف ثانيًا؛ حكاه مجلي.

فإن قلنا: إن القول قول المالك مع يمينه؛ ففي كيفيتها وجهان في الحاوي:

أحدهما: أنه يحلف بالله ما أمره بقطعه قميصًا نفيًا لما ادعاه الخياط، ولا يحلف لإثبات ما ادعاه من إذنه في القطع قباء، وهذا ما أبداه ابن الصباغ احتمالاً لنفسه.

والثاني: أنه يحلف على النفي والإثبات، فيقول: والله ما أمرته بقطعه قميصًا ولقد أمرته بقطعه قباء.

قال: وهذا غير صحيح؛ لأن ذلك إنما يكون عند التحالف وإذا حلف قال ابن الصباغ: وجب الغرم على الخياط وجهًا واحدًا، والفرق بين الغرم والأجرة الواجبة بيمين الخياط: أن الأجرة إنما تجب له بثبوت الإذن في قطعه قباء، وذلك يثبت بيمينه، وفي مسألتنا الغرم وجب بالقطع، وإنما يثبت باليمين عدم الإذن في قطعه.

ثم في قدر الغرم الأقوال السابقة.

وحكى أبو الفرج السرخسي فيه وجهين كما في وجوب الأجرة، ولا خلاف في أن اختلاف المتعاقدين في الأجرة أو في المدة أو في قدر المنفعة بأن قال المكري: أكريتها إلى خمسة فراسخ، فقال: بل إلى عشرة، أو في قدر المستأجر بأن قال: أكريتك هذا البيت من هذه الدار، فقال: بل جميع الدار - يوجب التحالف كما في البيع، وإذا تحالفا فسخ العقد، وعلى المستأجر أجرة المثل؛ لما استوفاه.

فرع: لو قال للخياط: إن كان يكفيني هذا الثوب قباء فاقطعه، فقطعه فلم يكفه - ضمن الأرش؛ لأن الإذن مشروط بشيء ولم يوجد، ولو قال: هل يكفيني قباء؟ فقال: نعم، فقال: اقطعه فقطعه - لم يضمن لأن الإذن مطلق.

فرع: لو أتى الخياط لرب الثوب بثوب، فقال: هذا ثوبك، فقال: بل غيره، قال البندنيجي: القول قول الأجير.

وهكذا الحكم في كل الأُجَراء، فإذا حلف، فقد اعترف بثوب لرب الثوب، وهو لا يدعيه.

تنبيه: القباء ممدود، وجمعه: أقبية، وتقبيت القباء: لبسته .

قال الجواليقي: [قيل][(١)]: هو فارسي معرب.

وقيل: عربى مشتق من القبو، وهو الضم والجمع.

ولنختم الباب بفروع تتعلق به.

يجوز الاستئجار لحفر الآبار مقدرًا بالمدة؛ بأن يقول: تحفر لي شهرًا، وبالعمل؛ بأن يذكر الطول والعرض والعمق ويعين الموضع، وإذا وقع ذلك وجب على الأجير إخراج التراب المحفور، وإن انهار شيء من جوانب البئر لم يلزمه إخراجه، وإذا انتهى إلى موضع صلب أو حجارة نظر: إن كان يعمل فيه المعول وجب حفره على أظهر الوجهين، وبه قال القاضي أبو الطيب.

والثاني: لا: وبه قال ابن الصباغ؛ لأنه خلاف ما اقتضته المشاهدة فيكون له فسخ العقد، وإن لم يعمل فيه المعول أو نبع الماء قبل أن ينتهي إلى القدر المشروط وتعذر الحفر انفسخ العقد في الباقي، ولا ينفسخ [فيما مضى][(٢)] على أصح الطريقين فتوزع الأجرة المسماة على ما عمل وما بقي، وإذا استأجر لحفر قبر وجب بيان طوله وعمقه وموضعه وإذا وضع الميت في القبر لا يجب على الأجير رد التراب عليه.

[ولو][(٣)] استأجر لضرب لبن قدر بالزمان أو العمل، وإذا قدر به بين العدد والقالب وإن كان القالب معروفًا فذاك وإلا بين طوله وعرضه وسمكه، وعن القاضي أبي الطيب: الاكتفاء بمشاهدة القالب، ويجب بيان الموضع الذي يضرب فيه [اللبن][(٤)]؛ لاختلافه بقرب الماء وبعده، ولا يجب عليه [بعد الضرب إقامته حتى يجف، ولو استأجر لطبخ اللبن فطبخه لم يجب عليه][(٥)] إخراجه من الأتون.

وإذا استأجر للرعي وجب بيان المدة وجنس الحيوان، ثم يجوز على قطيع معين ويجوز في الذمة، وحينئذ فأظهر الوجهين في المهذب: أنه يجب بيان العدد.

والثاني - وبه أجاب ابن الصباغ والقاضي الروياني-: أنه لا يجب ويحمل على ما جرت العادة بأن يرعاه الواحد. قال الروياني: وهو مائة رأس من الغنم على التقريب، فإن توالدت قال ابن الصباغ: لا يلزمه رعي أولادها إن ورد العقد

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: في الماضي.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.

على أعيانها، وإن كان على الذمة وجب.

وإذا استأجر الوراق للكتابة جاز وعلى من يكون الحبر؟ فيه ثلاثة طرق أشبهها: أن الرجوع فيه إلى العادة فإن اضطربت وجب البيان وإلا فيبطل، وأشهرها: القطع بأنه لا يجب على الوراق؛ لأن الأعيان لا تستحق بالإجارة.

والثالث: أنه على الخلاف في أن اللبن يتبع في الاستئجار [على الحضانة](١) أم لا؟ فإن أوجبناه على الوراق فهو كاللبن في حق الرضاع لا يجب تقديره، ولو صرح باشتراطه عليه كان كما لو صرح بالرضاع والحضانة، وإن لم يوجبه عليه فشرط(٢) عليه فسد العقد وإن لم يكن معلومًا، وإن كان معلومًا ففيه طريقان:

أحدهما: القطع بالصحة؛ لأن المقصود الكتابة والحبر تبع.

والثاني: أنه شراء أو استئجار.

وإذا استأجر الخياط والصباغ وملقح النخل(٣) والكحال فالقول في الخيط والصبغ وطلع الفحال والكحل كما ذكرنا في الحبر.

وقال في البحر: إن الكحل إذا شرط أن يكون على الكحال فسد(٤) العقد.

وفيه وجه وفرق الإمام وشيخه بين الخيط والحبر والصبغ، [فقطعا في الخيط بأنه لا يجب على الخياط، وعلى ذلك جرى الغزالي وأورد في الحبر والصبغ](٥) الطريق الثاني والثالث من الطرق الثلاثة التي أوردناها(٦).

ويجوز الاستئجار للخروج إلى بلد السلطان ليتظلم للمستأجر، ويعرض حاله في المظالم، ويسعى في أمره عند من يحتاج إليه، مع التقيد بالمدة، وإن كان في ذلك نوع جهالة كما لو استأجره يومًا ليخاصم عنه غرماءه، ولو بدا للمستأجر(٧) فله أن يستعمله فيما ضرره مثل ذلك.

وإذا استأجر للخبز وجب بيان الأقراص وغلظها ورقها، وأنه يخبز في تنور [أو فرن](٨) وآلات الخبز على الأجير إن كانت الإجارة في الذمة، وإلا فعلى المستأجر، وليس على الأجير إلا تسليمه نفسه، والقول فيمن عليه الحطب كما في الحبر في الوراق.

وإذا اكترى دابة [ليحمل عليها [كذا منًّا](٩) ويركبها فحمل عليها

---

(١) في د: للحضانه.
(٢) في د: فلو شرط.
(٣) في د: النخيل.
(٤) في د: بطل.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: أوردها.
(٧) في د: المستأجر.
(٨) في د: أقرب.
(٩) في جـ: كراسا.

وركب][(١)] وأخذ في السير فأراد المكري أن يعلق عليها مخلاة أو سفرة إما من قدام القتب أو من خلفه أو أن يردفه رديفًا - كان للمستأجر منعه.

وإذا استأجر من يكتب له صكًا على هذا البياض فكتبه خطأ قال في الفتاوى: عليه نقصان الكاغد، وكذا لو أمره أن يكتب بالعربية فكتب بالعجمية أو بالعكس.

ولو اكترى دابة ليحمل عليها حطبًا من موضع كذا إلى داره يومًا إلى الليل فركبها في عوده فعطبت - ضمن؛ لأنه استأجرها للحمل لا للركوب، وقيل: لا يضمن للعرف، ولو اكترى دابة شهرًا ليقضي عليها الحقوق، ويشيع عليها الموتى قال في البحر: لا يجوز.

وكذا لو استأجر شيئًا في أول النهار؛ ليرده بالعشي لم يجز؛ لأنه لا يعرف، وفيه وجه آخر: أنه يجوز ويرده بعد الزوال.

قال القاضي الحسين: وإذا اكترى دابة ليركبها إلى موضع كذا ويشتري الحنطة هناك ويحملها عليها إلى بلد العقد - لم يجز؛ لأن شراء الحنطة لا يتفق في الحال فربما يتراخى إلى يوم أو يومين؛ فيجهل المدة.

وفي الرافعي: أنه إذا اكترى دابة إلى بلد ليعود عليها[(٢)] راكبًا فله أن يجاوز ذلك البلد؛ لأنه يستحق[(٣)] أن يقطع قدر تلك المسافة ذهابًا وإيابًا، ثم إن قدر في هذه الإجارة مدة مقامه في المقصد فذاك، وإلا فإن لم يزد على مدة المسافرين انتفع[(٤)] بها في الإياب، وإن زاد حسبت عليه الزيادة.

والذي ذكره الإمام: أن العادة إن كانت فيمن انتهى إلى ذلك البلد لا يرجع على فوره بل يبيت ثم يصبح، فإذا بات لا يحسب عليه وقت المبيت من المدة وإن كانت العادة [به][(٥)] جارية بأن ينقلب على فوره، فإن أقام على خلاف المعهود حسب ذلك عليه من مدة إيابه، ولو اضطربت العادة فالأصح حمل مطلق العقد على الانقلاب على البدار، ومن أصحابنا من زعم أنه متى لم يبين بطل العقد، ولو خرج بالدابة في وقت الأمن ثم حدث خوف في الطريق، فإن سار فيه وضاعت الدابة ضمن، وإن [مكث][(٦)] في ذلك المكان؛ احتياطا للدابة قال الإمام:

---

(١) في د: ليركبها ويحمل عليها كذا منًّا فركبها وحمل عليها.
(٢) في د: منها. (٣) في ج: مستحق. (٤) في د: انقطع.
(٥) سقط في د. (٦) سقط في د.

كان في حكم المودع المؤتمن في تلك المدة؛ يعني: لا تحسب عليه، وإن استأجر وفي الطريق خوف ثم رجع وذلك الخوف قائم فماتت[١] الدابة فلا ضمان عليه؛ لأن الحرص في العقد جرى مع العلم بالخوف القائم فيضمن الرضا [به][٢].

ولو استأجر طاحونتين متقابلتين [ثم نقص][٣] الماء وبقي ما يدير به إحداهما ولم يفسخ -قال العبادي: يلزمه أجرة أكثرهما[٤] ولو دفع غزلاً إلى نساج واستأجره لينسجه ثوبًا طوله عشرة في عرض معلوم فجاء بالثوب وطوله أحد عشر لا يستحق شيئًا من الأجرة.

قال المتولي: لأنه في آخر الطاقة الأولى[٥] من الغزل صار مخالفًا لأمره، فإذا بلغ طولها عشرة كان من حقه أن يعطفها ليعود إلى الموضع الذي بدأ منه، فإذا لم يفعل وقع ذلك وما بعده في غير الموضع المأمور، وإن جاء به وطوله تسعة فإن كان طول السدى عشرة استحق من الأجرة بقدره، لأنه لو أراد أن ينسج عشرة لتمكن منه، وإن كان طوله تسعة لم يستحق شيئًا لمخالفته في الطاقة الأولى فلو كان الغزل المدفوع إليه مسدًّى واستأجره كما ذكرناه، ودفع إليه من اللحمة ما يحتاج إليه، فجاء به أطول في العرض المشروط - لم يستحق للزيادة شيئًا، وإن جاء به أقصر في العرض المشروط استحق بقدره من الأجرة، وإن وافق في الطول وخالف في العرض فإن كان أنقص نظر. إن كان ذلك لمجاوزته القدر المشروط [من الصفاقة لم يستحق شيئًا من الأجرة؛ لأنه مفرط؛ لمخالفته أمره، وإن راعى المشروط][٦] في صفة الثوب رقة وصفاقة فله الأجرة؛ لأن الخلل والحالة هذه من السدى، وإن كان أزيد فإن أخل بالصفاقة لم يستحق شيئًا [من الأجرة][٧] وإلا استحق[٨] الأجرة بتمامها ؛ لأنه زاده خيرًا [إذا راعى الصفات المشروطة][٩]، كذا قال المتولي هذا الفرع بجملته، والله أعلم.

---

(١) في جـ: ففانت.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: فانتقض.
(٤) في د: اكرها.
(٥) في جـ: الأدلة.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في د.
(٨) في د: يستحق.
(٩) سقط في جـ.

باب الجعالة

الجعالة: بكسر الميم عن الجوهري، وبفتح الجيم عن الأزهري، والجعل - بضم الجيم-: ما يجعل للإنسان على عمل يحصله.

والأصل في مشروعيتها من الكتاب قوله تعالى: ﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: ٧٢]، وكان حمل البعير عندهم معلومًا كالوسق، وشرع من قبلنا إذا لم يرد في شرعنا ما يخالفه كان شرعًا.

ومن السنة: ما روى أبو داود عن أبي سعيد الخدري: أن رهطًا من أصحاب رسول الله ﷺ انطلقوا في سفرة سافروها، فنزلوا بحيٍّ من العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم. قال: فلدِغ سيد ذلك الحي؛ فسعوا له بكل شيء لا ينفعه [شيء][1]، فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا بكم؛ لعل أن يكون عند بعضهم شيء ينفع صاحبكم! فقال بعضهم: إن سيدنا لُدِغَ فهل عند أحد منكم؟ يعني: رقية، فقال رجل من القوم: إني لأرقي، ولكن استضفناكم فأبيتم أن تضيفونا، ما أنا براقٍ حتى تجعلوا لي جعلًا، فجعلوا له قطيعًا من الشاء، فأتاه فقرأ عليه بأم الكتاب، وتفل حتى برأ كما أنشط من عقال؛ فأوفاهم جعله الذي صالحوه عليه، فقال: اقتسموا، فقال الذي رقى: لا تفعلوا حتى نأتي رسول الله ﷺ فنستأمره؛ فغدوا على رسول الله ﷺ فقال: «مِنْ أَيْنَ عَلِمْتُمْ أَنَّهَا رُقْيَةٌ ؟! أَحْسَنْتُمْ، وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ بِسَهْمٍ»[2]. وأخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه بنحوه.

ولأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك في رد ضالة وآبق؛ فجاز كالمضاربة.

---

(١) سقط في ج.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٤٥٣) كتاب: الإجارة، باب: ما يعطى في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب، حديث (٢٢٧٦)، ومسلم (٤/ ١٧٢٧) كتاب: السلام، باب: جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار، حديث (٦٥/ ٢٢٠١).

قال: **وهو أن يجعل**، أي: المطلق التصرف، **لمن عمل له عملًا**، أي: يجوز بذل الأجرة في مقابلته على الجملة **عوضًا**، **فيقول: من بنى لي حائطًا**، **أو: ردَّ لي آبقًا - فله كذا**؛ **فإذا عمل [له]**[(١)] **ذلك**، أي: من سمع ذلك منه أو من غيره - كما ذكره القاضي الحسين - **استحق الجعل**؛ لما ذكرناه مع قوله - عليه السلام-: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[(٢)]. ثم إن كان الجعل في الذمة فقد استقر، وإن كان معينًا وجب تسليمه؛ فلو تلف قبل إقباضه نظر:

إن تلف قبل المطالبة كان فيما يرجع به قولان:

أحدهما: قيمته.

والثاني: أجرة المثل.

وهما مبنيان على أنه مضمون ضمان يدٍ، أو ضمان عقد؛ كالقولين في الصداق.

قال الإمام عند الكلام في مسألة العلج: ووجه المشابهة: أن المنفعة في الجعالة فائتة بعد تسليم العمل على وجه يستحيل تداركها؛ كما أن البضع بعد الوطء في حكم الفائت.

وإن كان بعد الطلب، وامتنع من إقباضه متعديًا: فإن قلنا: إنه مضمون بالعقد، فقد قال القاضي الحسين: تلفه بعد الامتناع بمثابة إتلاف الجاعل نفسه؛ فيكون بمثابة ما لو أتلف البائع المبيع قبل القبض، وفيه قولان. أما إذا عمل من لم يسمع قول المالك ومن يقوم مقامه فهو كما لو عمل قبل الإذن، وأبدى الشيخ أبو محمد ترددًا فيما إذا رده من لم يسمع؛ طمعًا في حصول أجرةٍ.

تنبيهات:

أحدها: تمثيل الشيخ ببناء الحائط يدل على أن الجعالة تجوز حيث تجوز الإجارة، كما إذا قال: من رد عبدي الآبق من البصرة، أو: خاط لي هذا الثوب، ونحو ذلك. وتمثيله برد الآبق يدل على جوازها فيما لم تجز الإجارة فيه، للجهالة [فيه][(٣)]. وعلى المثال الأول ينطبق ما حكاه المزني عن الشافعي في «المنثور» أنه قال: [لو قال][(٤)]: أول من يحج عني فله دينار، فحج عنه إنسان استحق الدينار،

---

(١) سقط في التنبيه.
(٢) تقدم.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.

ولكن المزني قال بعد ذلك: وكان ينبغي أن يستحق أجرة المثل؛ لأنه إجارة فلا يصح بغير تعيين. وهذا منه يدل على اعتقاده [اختصاص][١] الجعالة بالمجهول الذي لا يتقدر بحيث تجوز الإجارة عليه؛ كما في المضاربة، والأكثرون على ما حكاه الشيخ، ونسبوا المزني إلى الغلط.

وقد أبدى الغزالي في هذا الباب مذهب المزني احتمالًا، وحكاه الإمام عن بعض الأصحاب فقال: إنه الأصح. وإليه أشار في «الوسيط» في كتاب الحج، بقوله بعد حكاية ما نقله المزني عن الشافعي: وأشار بعض الأصحاب إلى تزييفه. فعلى هذا: لو عمل العامل ما وقع العقد عليه من بناء وخياطة وحج ونحو ذلك، استحق أجرة المثل؛ لوجود الإذن، وفيه وجه: أنه يفسد؛ لأنه ليس موجهًا نحو[٢] معين؛ [كما لو قال: وكلت كل من أراد بيع داري؛ فإنه لا يصح التوكيل].

الثاني: قول الشيخ: وهو أن يجعل لمن عمل له عملًا... إلى آخره، فيه: [كما][٣] لو قال: من رد عبدَ فلانٍ الآبقَ فله [علي][٤] كذا، فرده إنسان - لا يستحق عليه المسمى. وقد يُستدل له بأن العمل لم يقع له؛ فلم يصح كالإجارة، ويؤيده: أنه لا يجوز لأحد بهذا القول وضع يده على الآبق؛ فكيف يستحق الأجرة؟! ولم أر هذا منقولًا، بل المجزوم به في «الرافعي» و«الحاوي»: أنه يستحق عليه؛ لالتزامه، وليس كما [إذا][٥] التزم [الثمن][٦] في بيع غيره؛ والثواب على هبة غيره؛ لأنه عوض تمليك فلا يتصور رجوعه به على غير من حصل له الملك، والجعل ليس عوض تمليك، وهذا نازغ إلى أن العوض في يد الجاعل مضمون ضمان يد، وقد ذكرنا على قول أنه مضمون ضمان عقد؛ فيتأيد به ما يفهم من كلام الشيخ، ويقوم مقام قول المالك: من رد عبدي فله كذا؛ قول غيره بإذنه: قال فلان: من رد عبدي فله كذا؛ إذا كان القائل ممن يعتمد على قوله، ويستحق على الإذن الجعل دون القائل. ولو قال ذلك بغير إذن فلا جعل على واحد منهما، وكذا لو قال من لا يعتمد على قوله. ويقوم مقام، قوله: من رد عبدي فله كذا، قوله: إن رده إنسان، أو: إن رددته فلك كذا، أو: رده ولك كذا.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: بحق.
(٣) بياض في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.

الثالث: قول الشيخ: فإذا عمل له ذلك استحق [عليه][(١)] الجعل، يعرفك أن القبول باللفظ لا يعتبر وهو كذلك فيما صوره الشيخ اتفاقًا، وكذا [فيما][(٢)] لو كان الخطاب مع معين بأن قال: إن رددت عبدي فلك كذا؛ على المذهب، ويكفي الإتيان بالعمل. وقال الإمام في هذه الحالة: لا يمتنع أن يخرج على الخلاف في اشتراط القبول في الوكالة، ولا يمتنع مع ما ذكرناه الفرق: من جهة أن الوكالة لا تحتمل إبهام الوكيل المستعمل، والجعالة تحتمله؛ فإنه لو قال: أذنت لكل من أراد في بيع عبدي هذا، لم يصح التوكيل، ولو قال: من رد عبدي، صح، وذكر مجلي ما أبداه الإمام وجهًا في اعتبار القبول، وحكاه الإمام في باب المسابقة عن الأصحاب.

فرع: لو قال: من رد عبدي الآبق من البصرة في الشهر فله كذا، قال القاضي في «المجرد»: فلا يجوز؛ لأنه يكثر بذلك الغرر وعلى ذلك جرى المتولي.

قال: **ويجوز [أن يعقد][(٣)] على عمل مجهول**، أي: لا يمكن ضبطه كرد الآبق والضال ونحوه؛ للآية والخبر، ولأن الجهالة إذا احتملت في القراض؛ توصُّلًا إلى تحصيل الأرباح من غير اضطرارٍ، فلأن تحتمل في الجعالة أولى؛ ولذلك تغتفر جهالة العامل وتعدده؛ لأن المعين والواحد قد لا يتمكن من تحصيل المقصود، ومن يتمكن منه قد لا يكون حاضرًا، وإن كان حاضرًا فقد لا يعرفه المالك، فإذا أطلق الاشتراط وشاع ذلك [بلغ][(٤)] من يتمكن منه، [وأدى][(٥)] إلى تحصيل الغرض؛ فاقتضت مصلحة العقد احتماله. وكذا تجوز جهالة المردود بأن يقول: من رد أحد عبدي الآبقين فله كذا، وإذا رد أحدهما استحق، وإن كان أقل قيمة، كما صرح به القاضي [الحسين][(٦)].

أما العمل المجهول الذي يسهل ضبطه فلا بد فيه من الضبط، فإذا قال: من يبني لي حائطًا، فلا بد من ذكر البناء، وطول الحائط، وسمكه وارتفاعه، وما يبنى به. وكذا إذا قال: من خاط لي ثوبًا، فلا بد من وصفه ووصف الخياطة. قال: **ولا يجوز إلا بعوض معلوم**؛ لأن هذا العقد جوز للحاجة، ولا حاجة إلى احتمال

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في جـ.

الجهالة في العوض، وأيضًا: فإنه لا يكاد يرغب أحد في العمل إذا لم يعلم بالجعل؛ فلا يحصل مقصود العقد.

قال ابن الصباغ: ولأنه يكون لازمًا بوجود العمل فوجب كونه معلومًا، بخلاف العمل؛ فإنه لا يكون لازمًا، فإن شرط جعلًا مجهولًا بأن قال: من رد آبقي فله ثوب أو دابة، أو: إن رددته فعليَّ أن أرضيك وأن أعطيك شيئًا، فرده - استحق أجرة المثل، وكذا لو جعل الجعل خمرًا أو خنزيرًا، ولو جعل الجعل سلب العبد أو ثيابه، قال المتولي: إن كان ذلك معلومًا أو وصفه بما يفيد العلم؛ فللراد المشروط، وإلا فله أجرة المثل.

قلت: وما أطلقه في حالة الوصف جواب على أن استقصاء الأوصاف على وجه يفيد الإحاطة بجميع المقاصد يقوم مقام الرؤية، وفيه خلاف في الجديد: فإن منعناه كان كالأجرة الغائبة، ولو جعل الجعل نصف العبد أو ربعه، فالجواب في «التتمة»: الصحة، وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي: المنع، قال الرافعي: وهو قريب من استئجار المرضعة بجزء من الرضيع بعد الفطام.

قلت: ليس كذلك؛ فإن الأجرة إذا كانت معينة ملكت بالعقد، وإذا جعلت جزءًا من الرضيع بعد الفطام اقتضى عدم الملك في الحال، أو حصوله مؤجلًا. والأول مخالف لوضع العقد، وكذا الثاني؛ فإن الأعيان المعينة لا تقبل التأجيل، وهاهنا الملك إنما يحصل بعد تمام العمل؛ فلا مخالفة لمقتضى العقد، ولا عمل يقع في مشترك؛ فلا وجه إلا الصحة إذا كان موضع العبد معروفًا، والعبد مرئيًا، وإن لم يكن موضعه معروفًا، فيظهر أن يكون موضع الخلاف، وتكون مادته: أن الاعتبار في هذا العقد بحاله أو بحالة الرد، كما ذكرناه فيما لو تغير النقد.

ولو جعل الجعل ثوبًا مغصوبًا فقد أبدى الإمام فيه احتمالين:

أحدهما: تخريجه على القولين فيما إذا جعل المغصوب صداقًا، حتى يرجع في قولٍ إلى قيمة ما يقابل الجعل وهو أجرة المثل وفي قولٍ: إلى قيمة المسمى.

والثاني: القطع بأجرة المثل؛ لأن العوض ركن في هذه المعاملة، بخلاف الصداق.

قال: **ويجوز لهما الفسخ قبل العمل**؛ لأنها شبيهة[1] بالوصية من حيث إنها

---

(١) في جـ: انتهاءها.

تعليق استحقاق بشرط، والرجوع عن الوصية جائز؛ فكذلك هاهنا: ووجهه الإمام بأن انتهاءها غير معلوم، وما كان كذلك فثبوته على اللزوم بعيد كالقراض، بخلاف المساقاة والإجارة؛ فإن المقصود منهما مضبوط. وهذا ظاهر فيما إذا كان العمل مجهولًا، أما إذا كان معلومًا كبناء حائط، وخياطة ثوب، فلا.

فرع: إذا رجع الجاعل مع علم المجعول له، ثم عمل - لا يستحق شيئًا. ولو رجع ولم يعلم به العامل إلا بعد العمل، فسيأتي حكمه.

قال: وأما[١] **بعد الشروع في العمل فيجوز للعامل الرجوع فيه** . أي: ولا يستحق لما عمل شيئًا؛ لأنه أسقط حظ نفسه ولا فرق [في ذلك][٢] بين أن يكون قد قطع بعض المسافة أو عمل بعض العمل ووقع مسلمًا؛ كما إذا شرط الجعل في مقابلة تعليم القرآن لصغير حر، فعلمه بعضه أو غير مسلم. نعم، لو شرط الجعل في مقابلة التعليم كما ذكرنا، فمات الصبي قبل تمام التعليم - استحق أجرة المثل، وكذا لو جعل على خياطة ثوب، فخاط بعضه، ثم تلف في يد المالك، أو في مقابلة بناء حائط، فبنى بعضه، ثم تعذر إتمامه كما قاله القاضي أبو الطيب ولو تلف [الثوب][٣] قبل أن يصل إلى المالك، لم يستحق شيئًا كما صرح به ابن الصباغ. وكذا قال الإمام في كتاب الخلع فيما إذا جعل له جعلًا في مقابلة رد ثلاثة أعبد، فرد واحدًا: إنه يستحق حصته.

ولم يتعرض لقدرته على رد الباقي، ولا لعجزه عنه.

وظاهر كلامه يقتضي الاستحقاق، وإن لم يتعذر فإنه جعل ذلك أصلًا لاستحقاق[٤] الزوج[٥] الحصة فيما إذا قالت: طلقني ثلاثًا على ألف. فطلق واحدة. ولو كان شرط استحقاقه الحصة العجز عن رد الباقين، لم يجز جعل ذلك أصلًا لمسألة الطلاق.

ولا خلاف في أنه إذا هرب العبد في أثناء الطريق، أو بعد حضوره إلى باب دار مالكه، وقبل تسليمه إلى السيد أو من يقوم مقامه-: أنه لا يستحق شيئًا من الجعل؛ لأنه لم يحصل شيئًا من المقصود.

---

(١) في التنبيه: فأما.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: للاستحقاق.
(٥) في جـ: وللزوج.

فإن قيل: لو استأجر للحج عنه، فمات الأجير بعد ما فعل بعض الحج، استحق بقدر ما عمل على رأي، وإن لم يحصل شيئًا من المقصود.

فالجواب عنه - كما ذكره الأصحاب - من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن القصد بالحج الثواب، وقد حصل للمستأجر بما فعله الأجير ثواب، وهاهنا شرطه الرد، وما رد.

الثاني - وبه أجاب الشيخ أبو حامد-: أن الحج عقد لازم، بخلاف الجعالة.

والثالث - قاله ابن الصباغ-: أن العمل في الحج يقع مسلمًا؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا جزءًا بجزء؛ فلهذا وجب بعض الأجرة كما لو استأجره لخياطة ثوب، فخاطه في ملكه.

وفي مسألتنا التسليم برد الآبق؛ فإذا لم يرده لم يستحق شيئًا؛ كما لو استأجره لقصارة ثوب، فقصر بعضه وتلف قبل تسليمه.

وضعف الأول: بأن القصد بالحج إسقاط الفرض ولم يحصل منه شيء، والثاني: بأنه منتقض بالإجارة على خياطة ثوب؛ فإنه إذا خاط بعضه وتلف قبل التسليم، لا يستحق شيئًا من الأجرة مع أن العقد لازم.

قلت: وما قاله منتقض - أيضًا - بما حكاه من أن الجعل لو كان في مقابلة تعليم صغير حر شيئًا من القرآن، فعلمه بعضه، ثم فسخ العقد - لا يستحق شيئًا من الجعل مع أن علمه وقع مسلمًا.

فرع: إذا مات العامل المعين في رد الآبق في بعض الطريق، فإن رده وارثُهُ إلى يد مالكه استحق من الجعل المعين بقسط عمل مورِّثه؛ لأن عمله لم يفت، ولا يستحق الوارث غيره، وإن لم يرده الوارث فالصحيح: أنه لا شيء بسبب عمل الميت.

وقال بعض أصحابنا: يستحق الوارث من الجعل المسمى بقدر ما عمله الميت؛ لأن تتمة العمل لم تفت باختياره، بخلاف الحي إذا ترك. قال الماوردي: وهذا ليس بصحيح؛ فإن العبد لو مات لم يستحق العامل شيئًا.

قال: ولا يجوز لصاحب العمل إلا بعد أن يضمن للعامل أجرة ما عمل. وهكذا لفظ القاضي الحسين وكثيرين؛ لأنه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه أجرته؛ كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في العمل. ولفظ القاضي أبي الطيب في «تعليقه» وكذلك البندنيجي: لم يجز إلا أن يدفع إليه أجرة المثل في مقابلة ما

عمله. وكأنهما أرادا بالدفع ما قاله الأولون؛ كما في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩]، فإن المراد بالعطاء الإلزام لا نفس الدفع. وفي «تعليق» القاضي الحسين حكاية وجه [آخر][١]:

أنه لا يستحق شيئًا؛ لأن عقد الجعالة جائز، وإنما يلزم الجعل فيه بعد الفراغ. وفي «الوسيط» في كتاب السبق والرمي وجه: أنه لا ينفذ فسخه إذا كان ما يخص عمل العامل من المسمى يزيد على أجرة المثل، ووجهٌ: أن الجاعل لو أضاف إلى ما شرط الجعل في مقابلته عملًا آخر - لا يجاب إليه، وفي وجه: يجاب ويثبت للعامل الخيار؛ فإن فسخ استحق [أجرة][٢] المثل، بخلاف ما لو فسخ بلا سبب، ولا فرق على المذهب بين أن يكون ما صدر من العامل قطع بعض المسافة في الطلب، أو عمل بعض العمل في الحائط والثوب، كما صرح به ابن الصباغ وغيره.

قال الرافعي: وكما تنفسخ الجعالة بالفسخ تنفسخ بالموت، و لا شيء للعامل بما يعمل بعد موت المالك، ولو قطع بعض المسافة، ثم مات المالك، فرده إلى وارثه - استحق من المسمى بقدر ما عمل في حياته. كذا ذكره أبو الفرج السرخسي، وهو موافق لما حكيناه من قبل عن «الحاوي»، لكن فيه في هذه المسألة: أنه يستحق تمام المسمى.

فرع: لو فسخ المالك العقد في غيبة العامل بعد الشروع في العمل، ولم يعلم المجعول له به، ثم تمم العمل.

قال المتولي: ذلك ينبني على القولين في عزل الوكيل قبل العلم.

وقال الإمام: لا يبعد تخريجه على ذلك، والظاهر: أن الجعالة تنفسخ[٣] في

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في ج.

(٣) قول: فرع لو فسخ المالك العقد في غيبة العامل بعد الشروع في العمل ولم يعلم المجعول له به، ثم تمم العمل.
قال المتولي: ذلك ينبني على القولين في عزل الوكيل قبل العلم.
وقال الإمام: لا يبعد تخريجه على ذلك، والظاهر أن الجعالة تنفسخ. انتهى كلامه.
ومقتضاه: أن الخلاف المحكي في التتمة هو في أن الفسخ هل ينفذ أو لا ينفسخ حتى يستحق المسمى على وجه وأجرة المثل على آخر؟ ويؤيده -أيضًا- نقله عن الإمام ترجيح الفسخ، وليس الأمر كذلك، بل التخريج الذي ذكره صاحب التتمة إنما هو في استحقاق أجرة المثل، وأما الفسخ فجزم بنفوذه؛ =

مسألتنا؛ فإن مقتضاها الجواز وقبول الجهالة، وفي «الحاوي» أنه إذا قال: من جاء بعبدى فله دينار، ثم رجع - فعليه إعلان الرجوع كما أعلن البذل، فإن أسره ولم يعلنه، كان الناس فيه على حكم الإذن: فمن جاء به فله الدينار، وإن أعلنه فلا شيء لمن جاء به بعد الإعلان؛ سواء علم برجوعه أو لم يعلم إذا كان قد شرع في المجيء بعد الرجوع؛ لأن إعلان كل الناس برجوعه متعذر؛ فلم يلزمه في الرجوع أكثر من الإعلان والإشاعة. ولو كان الجائي به شرع في حمله؛ فله الدينار ما لم يعلم بالرجوع، فأما إذا قال: يا زيد، إن جئتني بعبدي فلك دينار، ثم رجع السيد - فعليه إعلام زيد برجوعه ما لم يشرع في حمله؛ فإن لم يعلم فهو على حقه، سواء أعلن بالرجوع أم لا؛ لأن إعلام زيد بالرجوع غير متعذر، فلو شرع زيد في حمله، ثم أعلمه بالرجوع استحق زيد بقدر ما عمل.

قال: **وإن اشترك جماعة في العمل اشتركوا في الجعل**؛ لاشتراكهم في سبب الاستحقاق، ويقسم الجعل بينهم بالسوية وإن امتازوا في الأجرة؛ لأن العمل في أصله مجهول فلا يمكن رعاية مقداره في القسط. قال الإمام: وليس يبعد عن قاعدة المذهب التوزيع على أقدار أجور أمثالهم؛ فإن الأجرة إنما تدفع إليهم عند إتمام العمل، وإذا تم فقد انضبط ما صدر من كل منهم.

فرع: لو قال لواحد: إن رددت عبدي فلك دينار، فرده غيره معه - نظر: إن قصد مساعدة العامل، استحق العامل تمام الدينار، وإلا فالذي يستحقه النصف. ولو رده غيره لم يستحقه إلا إذا كان عبده، كما ذكره القاضي [الحسين][1]. وقال الرافعي: إذا رده غيره بإذنه يتجه أن يتخرج على أن الوكيل هل يوكل. ولو قال لواحد: إن رددت عبدي فلك دينار، ولآخر: إن رددته فلك ديناران، ولآخر: إن

= فإنه ذكر أن المجعول له بعد الاشتغال بالعمل مخير بين الترك والاستمرار، ثم قال ما نصه: «فأما الجاعل فلا خلاف أن له الرجوع، إلا أنه إن بلغ المجعول له خبر رجوع الجاعل عن الجعالة، فما بعد ذلك لا يستحق عليه عوضًا، وإن لم يبلغه الخبر فالمسألة تنبني على الموكل إذا عزل الوكيل ولم يبلغه العزل وقد ذكرناه، فأما علمه السابق على الرجوع فمضمون بأجرة المثل».

هذا كلامه، فانظر كيف نفى الخلاف عن المرجوع وجزم آخرا بأن ما عمله قبل ذلك مضمون بأجرة المثل، ولو كان الأمر كما دل عليه كلام المصنف؛ لكان في كل منهما خلاف.

نعم، ما حكاه عن الإمام من أن الخلاف في جواز الفسخ مطابق لكلام الإمام، ولهذا إن الرافعي غاير بين المقالتين واستبعد كلام الإمام. [أ و].

(١) سقط في د.

رددته فلك ثلاثة دنانير، فردوه - استحق كل منهم ثلث ما شرطه له لو رده بجملته، هكذا نص عليه الشافعي، قال المسعودي: وهذا إذا عمل كل واحد منهم لنفسه، أما إذا قال أحدهم: أعنت صاحبي وعملت لهما، فلا شيء له، ولكل [واحد][١] منهما نصف ما شرط له. ولو قال اثنان: عملنا لصاحبنا، فلا شيء لهما، وله جميع ما شرط له.

قال: **ومن عمل لغيره شيئًا من ذلك من غير شرط لم يستحق عليه الأجرة**؛ أي: سواء كان ممن جرت عادته بفعل **ذلك** بأجرة أم لا؛ لأنه بذل المنفعة من غير عوض فلم يستحقه. وهذا إذا عمله بغير الإذن، أو لم يسمع الإذن. وهل يصير ضامنًا للعبد الآبق بوضع يده عليه؟ قال الإمام: فيه الوجهان المذكوران في أخذ المال من الغاصب على قصد الرد إلى المالك، والصحيح منهما - على ما حكاه الرافعي عن كتاب [الفوراني في كتاب][٢] اللقطة-: الضمان.

أما إذا أذن له في العمل ولم يذكر له جعلًا، فهو على الخلاف الآتي في مسألة الغسال، صرح به الماوردي [وغيره][٣].

قال: **وإن[٤] قال العامل: شرطت لي عوضًا، فالقول قول المعمول له**؛ لأن الأصل عدم الشرط وبراءة الذمة. وكذا لو اختلفا في أن الجعل مشروط في رد هذا العبد أو غيره، أو [أن العامل عاد][٥] بنفسه أو برد العامل - كان القول قول المالك، ولو اختلفا: هل سمع الراد النداء أم لا؟ فالقول قول الراد؛ قال الماوردي: لأن علمه بالشيء يرجع فيه إليه دون غيره.

قال: **وإن اختلفا في قدره تحالفا**؛ لأنهما اختلفا في قدر العوض المستحق فتحالفا؛ كما لو اختلفا في الأجرة في الإجارة، وتجب أجرة المثل.

قال: **وإن أمر غسالًا بغسل ثوب ولم يسمِّ له شيئًا، فغسله[٦] - لم يستحق الأجرة**؛ لأن أقصى درجات المنافع أن تكون كالأعيان. ولو تقدم إلى خباز فقال: أطعمني من هذا الخبز، فأطعمه - لم يجب عليه ثمنه؛ فالأجرة من طريق الأولى، ولأنه لو قال: أسكني دارك شهرًا، فأسكنه - لم يستحق عليه أجرة؛ **فكذلك** إذا

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في التنبيه: فإن.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في التنبيه: فغسل.

قال: اغسل ثوبي، فغسله. وهذا ما نسبه الأكثرون إلى ابن سريج، وقال الإمام: إنه المنصوص، وعليه عامة الأصحاب.

وقيل: يستحق، أي: أجرة المثل لأن رب الثوب صار مستهلكًا لعمله في ملكه؛ فصار كالغاصب، وهذا قول المزني على ما حكاه الماوردي، وقال القاضي أبو الطيب: إنه نقله عن «الجامع الكبير»، والإمام حكاه عن بعض الأصحاب، وقال إن المزني اختاره. ووراء ذلك وجهان:

أحدهما - وبه قال أبو إسحاق المروزي-: إن كان رب الثوب سأل الغسال مبتدئًا، فقال: اغسل ثوبي هذا - فله الأجرة.

وإن كان الغسال طلبه مبتدئًا من ربه، فقال: أعطني ثوبك لأغسله - فلا أجرة [له][(١)].

والثاني - وبه قال ابن سريج كما حكاه الماوردي، والشيخ في «المهذب»، وصاحب «التهذيب»-: إن كان الغسال معروفًا بأنه يغسل بأجرة فله الأجرة، وإلا فلا [أجرة له][(٢)]. وهذا ما أجاب به الغزالي في باب العارية، ونسبه إلى المزني، وكذلك الروياني.

قال الماوردي: والأول مذهب الشافعي، وما عداه فاسد بباذل الطعام ودافع الدار؛ حيث لم يقع الفرق بين أن يكون سائلًا أو مسئولًا، أو معروفًا بالمعاوضة أو غير معروف.

وقد أبدى الإمام في كتاب العارية لنفسه وجهًا خامسًا، وهو أن يقال: إذا لم يكن معروفًا، ينظر فيه: فإن كان مثله لا يطلب على مثل هذا عوضًا فلا عوض، وإلا فيجب. وإن هذا يناظر اختلاف المذهب في الهبة المطلقة واقتضائها الثواب كما سيأتي. أما إذا سمى له شيئًا: فإن كان معلومًا استحقه، وإن كان مجهولًا استحق أجرة المثل وجهًا واحدًا. وهكذا إذا قال: اغسله وأنا أرضيك، كما قاله القاضي الحسين.

قال الماوردي وغيره: والوجوه الأربعة تجري في القَصَّار والخياط والحلاق [والدلاك][(٣)] في الحمام ونحوهم.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.

ولو نزل سفينة ملاح من غير إذنه، فحمله فيها إلى بلد - فله أجرة المثل؛ لأن الراكب صار مستهلكًا لمنفعة موضعه من السفينة على مالكها؛ فضمن الأجرة. وهكذا لو دخل حمامًا بغير إذن فعليه الأجرة. وإن أخذ من ساقٍ ماءً بغير طلب فعليه ثمنه. ولو نزل السفينة بالإذن، ودخل الحمام بالإذن، وأخذ الماء [بطلب](١) - فعلى الخلاف، قاله الماوردي. وفي الجزم باستحقاق الأجرة عند نزول السفينة نظر. وكان يتجه أن يقال: إن سير الراكب السفينة فالحكم [كما](٢) ذكر، وإن سيرها ربها فتكون كما لو وضع المتاع على دابة فسيرها مالكها؛ فإنه لا أجرة على صاحب المتاع، [ولا ضمان](٣) كما صرح به القاضي الحسين والرافعي في باب الإجارة.

وقد جزم الإمام في دخول الحمام بإيجاب قيمة الماء، وأنه قد يتجه إثبات المثل؛ فإنه من ذوات الأمثال، وأن أجرة منفعة الحمام واجبة؛ لأنه أتلفها، والمتلف عليه قيمة ما أتلف، وإن جرى الإتلاف بمشهد من المالك. وإن كان كذلك، فما الظن والعرف جارٍ بإلزام الأجرة؟! ومهما غلبت العادة ظهر وجوب اتباعها، ثم إن لم نوجب الأجرة للخياط والقصار، فالثوب أمانة في يده، وإلا فأجير مشترك. وإذا أوجبنا في الحمام شيئًا فذلك في مقابلة ماذا؟ فيه وجهان:

أحدهما: في مقابلة الماء، والحماميُّ متطوع بحفظ الثياب ومعيرٌ للسطل.

وأظهرهما: أنه أجرة الحمام والسطل والإزار وحفظ الثياب، وأما الماء فإنه غير مضبوط حتى يقابل بعوض، وعلى هذا: فالسطل أمانة، والحماميُّ أجير مشترك في الثياب.

وعبارة صاحب «التهذيب» على الوجه الثاني: أن المأخوذ ثمن الماء وأجرة الحمام والسطل. وعلى هذا يحصل فيه ثلاثة أوجه.

ولنختم الباب بفروع تتعلق به:

ما يحصل في يد الراد يكون أمانة في يده إلى أن يرده، ثم لو رفع اليد عن الدابة وخلاها في مضيعة فهو مقصر فيضمن، ونفقة العبد وعلف الدابة في مدة

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.

الرد يجوز أن يكون على ما ذكر في مُكْرِي الجمال إذا هرب مالكها وخلاها عنده، ويجوز أن يقال: ذاك أمر أفضت إليه الضرورة، وهاهنا أثبت اليد عليه باختياره؛ فله كُلَفُ مؤنته. وقد يؤيد هذا بالعادة، كذا ذكر ذلك الرافعي، وقال: إنه لم يقف عليه منقولًا. ولفظ الماوردي[(١)]: أنه إذا أنفق الجائي بالعبد من طعامه وشرابه كان متطوعًا.

إذا قال: من رد عبدي فله عشرة، ثم قال: من رد عبدي فله خمسة، أو بالعكس - فالاعتبار بالنداء الأخير، صرح به الماوردي وغيره. وقال في «الوسيط»: إذا لم يسمع العامل [النداء][(٢)] الثاني، احتمل أن يقال: يرجع إلى أجرة المثل. وهذا إذا كان الثاني قبل الشروع في العمل، أما إذا كان بعد الشروع، فالظاهر تأثيره في الرجوع إلى أجرة المثل؛ لأن النداء الأخير فسخ الأول، والفسخ في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجرة المثل.

إذا قال: بع هذا، أو: اعمل كذا ولك عشرة دراهم - قال الرافعي: ففي بعض التصانيف [أنه][(٣)] إن كان العمل مضبوطًا مقدرًا، فهو إجارة، وإن احتاج إلى ترددات غير مضبوطة.

قلت: وهذا غير ما ذكره الإمام في آخر باب الإجارة إذا قال لغيره: إن أخبرتني بخروج فلان من البلد فلك كذا، [فأخبره][(٤)] - قال القفال في «فتاويه»: إن كان له غرض في خروجه استحق، وإلا فلا. وهذا يقتضي أن يكون صادقًا، قال الرافعي: وينبغي أن ينظر في أنه هل يناله تعب أم لا؟!

إذا قال: إن رددت عبدي من البصرة فلك دينار، فأصابه بواسط فرده - كان له نصف دينار؛ لأنه وفَّى نصف العمل. ولو قال: من رده إليَّ فله كذا، وكان في يد شخص حالة النداء، فرده - استحق إن كان في رده كلفة ومؤنة كالعبد الآبق، وإن لم يكن كالدراهم والدنانير فلا يستحق. ولو جاء به من لم يسمع النداء، ثم سمعه قبل أن يدفعه إلى سيده، ثم دفعه - استحق.

قال الماوردي: لأن السامع للنداء لو أجابه من أقرب المواضع استحق؛ فكذا هذا.

---

(١) في جـ: الحاوي.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.

قلت: وينبغي أن يفصل - كما قيل من قبل - بين أن يكون في رده بعد سماع النداء كلفة أم لا: فإن كانت وجب له الجعل، وإلا فلا.

ولو قال: من دلني على مالي فله كذا، فدله عليه من هو في يده - لم يستحق؛ لأن ذلك واجب عليه بالشرع فلا يأخذ في مقابلته جعلًا، بخلاف الرد، وبخلاف ما لو كان في يد غيره فدله عليه؛ لأن الغالب: أنه تلحقه مشقة في البحث عنه، والله أعلم.

* * *

باب المسابقة

المسابقة: مصدر «سابقته مسابقة»، ويطلق - كما قال القاضي الحسين - على المسابقة على الخيل، وعلى المسابقة بالسهم، إلا أن المسابقة على الخيل تختص بأن يقال لها: رهان، والمسابقة على السهام يقال لها: مناضلة ونضال.

والأصل في مشروعيتها - على الجملة - من الكتاب قوله - تعالى-: ﴿يَٰٓأَبَانَآ إِنَّا ذَهَبۡنَا نَسۡتَبِقُ وَتَرَكۡنَا يُوسُفَ عِندَ مَتَٰعِنَا﴾ [يوسف: ١٧] فأخبر تعالى بذلك، ولم يعقبه بنكير؛ فكان شرعًا لنا وقال - تعالى-: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسۡتَطَعۡتُم مِّن قُوَّةٖ وَمِن رِّبَاطِ ٱلۡخَيۡلِ﴾ [الأنفال: ٦٠]، والقوة الرمي؛ قال عقبة بن عامر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أَلَا إِنَّ الْقُوَّةَ الرَّمْيُ»[(١)] قالها ثلاثًا. ولا غناء في إعداد القسي والسهام مع الخُرْق وعدم العلم بكيفية الرماية، وكذا لا غناء في إعداد الخيل من غير معرفة بالفروسية؛ فالإعداد يشعر بالتوصل إلى ما لا غناء عنه في التعلم، وهو المسابقة.

ومن السنة: ما روى مسلم عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ سابق بين الخيل التي قد أضمرت من الحفياء، وكان أمدها ثنية الوداع، وسابق بين الخيل التي لم تضمر من الثنية. إلى مسجد بني زريق[(٢)].

والحفياء: تمد وتقصر، ويقال: إن بينها وبين الثنية خمسة أميال أو ستة، وبين الثنية وبين مسجد بني زريق ميل.

وإضمار الخيل: أن تسمن، ثم تحبس في بيت، وتغطَّى بالجلال؛ لتعرق، ولا تعلف بعد ذلك إلا ما تقَوت به؛ لتضمر وتذهب رخاوتها؛ فتكون أقوى.

وروى سلمة بن الأكوع قال: خرج رسول الله ﷺ على قوم مِنْ أَسْلَم

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٢٢) كتاب الإمارة: باب فضل الرمي والحث عليه حديث (١٦٧/ ١٩١٧).

(٢) أخرجه البخاري (٦/ ١٦٢) كتاب الجهاد والسير: باب السبق بين الخيل حديث (٢٨٦٨)، ومسلم (٣/ ١٤٩١)، كتاب الإمارة: باب المسابقة بين الخيل وتضميرها حديث (٩٥/ ١٨٧٠).

يتناضلون بالسيوف، فقال: «ارْمُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ؛ فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِيًا»[١].

قال ابن الصباغ: وأجمع المسلمون على جوازها على الجملة.

قال: المسابقة على عوض[٢] **كالإجارة في أحد القولين**.

هذا الفصل يتضمن أمرين:

أحدهما: جواز دخول العوض فيها، ودليلة ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «رِهَانُ الْخَيْلِ طِلْقٌ»[٣] أي: حلال. وعن عثمان - رضي الله عنه - أنه قيل له: أكنتم تراهنون على عهد رسول الله ﷺ؟ فقال: نعم، راهن رسول الله ﷺ على فرس له، فجاءت سابقةً؛ فهش لذلك وأعجبه[٤]. والرهن لا يكون إلا على عوض، ولأن في دخول المال في ذلك حثا على الاستعداد للجهاد.

والثاني: ما حكمهما بعد ذلك:

فأحد القولين - وهو الصحيح-: أنها كالإجارة، والجامع: أنه عقد يشترط أن يكون المعقود عليه معلومًا من الجانبين.

فعلى هذا قال: تصح ممن تصح منه الإجارة، ولا يجوز فسخها بعد لزومها، ولا الزيادة فيها، أي: في مسافة، أو عَدَد رِشْق، أو عوض، ولا الامتناع من إتمامها، وحكمها في [خيار المجلس وخيار الشرط][٥] **حكم الإجارة، ويجوز أخذ الرهن والضمين فيها**؛ لأن هذه أحكام الإجارة.

ويجب على هذا الإتيان بالإيجاب والقبول، وهل يجوز الزيادة فيها قبل اللزوم؟ فيه الخلاف المذكور في إلحاق الزيادة بالعقد. ولا يجب على أحد المتسابقين إذا كان هو الملتزم للمال تسليمه لصاحبه قبل السبق، واحتج القفال بهذا على أن المال لا يستحق إلا بالعمل؛ فخرج ضمانه على الخلاف في ضمان

---

(١) أخرجه البخاري (٦/ ٦٢١) في المناقب: باب نسبه اليمين إلى إسماعيل (٣٥٠٧).

(٢) في جـ: عمل.

(٣) أخرجه أبو نعيم في معرفة الصحابة (٦/ ٣٠٧٦)، برقم (٧١٠٩).

(٤) ذكره الحافظ في تلخيص الحبير (٤/ ٢٩٧)، وقال: لم أره من حديث عثمان ثم ذكره من حديث ابن عمر وأنس بن مالك.

قلت: أخرجه أحمد (٣/ ١٦٠)، والدارمي (٢/ ٢٧٩) كتاب الجهاد، باب: في رهان الخيل، برقم (٢٤٣٠)، والدارقطني (٤/ ٣٠١) كتاب السبق بين الخيل، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٥) في التنبيه: خيار الشرط وخيار المجلس.

ما لم يجب ولكن جرى سبب وجوبه.

والخلاف يجري في الرهن من طريق الأولى؛ لأن الضمان أوسع ثبوتًا.

وقد ذكر الفوراني وجهًا: أنه يجب دفع المال كالإجارة.

وقال الغزالي: إنه فاسد. وسلك الإمام طريقًا في تصحيح الضمان والرهن مع القول بعدم وجوب تسليم العوض قبل السبق، فقال: لا يبعد أن يكون استحقاق السبق موقوفًا مراعىً: فإذا سبق من شرط له السبق تبيَّنَّا أنه استحق ذلك بالعقد، ويكون على هذا ضمان السبق كضمان العهدة، وهذه عهدة تقبل الرهن أيضًا؛ فإنها ستبدو على القرب؛ فليست كعهدة المبيع، ثم إنه ليس لمعرفتها غاية تنتظر.

وما أبداه الإمام احتمالًا من كون استحقاق السبق يكون موقوفًا على هذا القول، قد حكى مثله قولًا منصوصًا في ملك الأجير الأجرة في كتاب الزكاة، وحكاه الماوردي في كتاب الإجارة.

قال: **وكالجعالة في القول الآخر**، والجامع: أنه عقد يبذل العوض فيه على ما لا يوثق به؛ فعلى هذا قال: **فيجوز فسخها**، أي: قبل الشروع، **والزيادة فيها**، أي: في العوض وإعداد السهام، **والامتناع من إتمامها**، **ويفسخها متى شاء**، أي: بعد الشروع، وإن كان لأحدهما فضل **ولا يأخذ فيها الرهن والضمين**؛ لأن هذه أحكام الجعالة.

وقيل: إذا كان لأحدهما فضل لم يجز للمفضول الفسخ، وإلا أفضى الأمر إلى ألا يسبق أحد أحدًا؛ فإنه يفسخ[1] إذا أحس بغلبة صاحبه؛ فعلى هذا: يكون العقد جائزًا مالم يظهر فضل، فإذا ظهر لزم في حق المفضول. وهذا الوجه - كما قال في «المهذب» - يجري في طلب الزيادة.

وقيل: يجوز أخذ الرهن والضمين فيها؛ كما قيل في الجعالة على النعت المذكور في بابيهما، ورتب الإمام الخلاف في الرهن على الضمان، فقال: إن جوزنا الضمان ففي الرهن وجهان.

وعلى هذا القول: لا يفتقر إلى القبول بالقول، وفيه وجه حكاه الإمام.

وقد اختلفت الأصحاب في محل القولين في الأصل:

فالذي حكاه في «المهذب»، والبندنيجي في كتاب الضمان والرهن، والقاضي

---

(١) في جـ: يُعرض.

الحسين في كتاب الضمان: أن محلهما إذا كان المال من المتسابقين وبينهما محلِّل، أما إذا كان من أحدهما أو من غيرهما؛ كان جعالة قولًا واحدًا.

قال الرافعي: والظاهر - وهو المذكور في «التهذيب»-: طرد القولين، وإن أخرجه أحدهما أو غيرهما، وهو الذي يقتضيه إطلاق الشيخ هنا، لكن إن كان المخرج للمال أحدهما أو أجنبيًّا فنقول: اللزوم مختص بالمعطى، أما الذي يغنم وقد لا يغرم شيئًا، فهو جائز من جهته، كذا قال في «التهذيب»، وبه قال الشيخ أبو محمد والأئمة، ويكون العقد جائزًا من أحد الطرفين لازمًا من الآخر، ولا غرو في ذلك؛ فإن الرهن والكتابة كذلك.

وقيل: إن العقد لازم في حق من التزم المال إذا كان من المتسابقين، وفي حق من لا يغرم وقد يغنم: وهو المحلل إذا أخرجا السبق، أو أحدهما إذا كان المخرج للسبق غيرهما[1] كما صرح به الإمام، وكأن باذل المال أراد أن يستفيد من عمل صاحبه في الركض؛ فهو كالمستأجر وصاحبه كالأجير.

واعلم أن ما ذكره الشيخ تفريعًا على القول الأول فيه منازعة من وجهين:

أحدهما: أنه جزم بصحتها ممن تصح منه الإجارة، وهذا يشمل الرجل والمرأة، وقد قال الصيمري في «الإفصاح»: إنه لا يجوز السبق والرمي من النساء؛ لأنهن لسن من أهل الحرب.

الثاني: أنه جزم بأنه لا يجوز الامتناع من إتمامها، وغيره فصَّل فقال: إن كانا متساويين من غير فضل فالأمر كذلك، وكذا إن كان أحدهما مفضولًا واحتمل أن يلحق الفاضل ويفضله، أما إذا لم يمكن ذلك فيجوز للفاضل الامتناع من الإتمام دون المفضول، وبهذا جزم الرافعي، وحكى في «الذخائر» وجهين في جواز امتناع الفاضل من الإتمام.

فروع: أحدها: إذا وقع عقد المسابقة في الصحة، وسلم المال في مرض الموت- فهو من رأس المال إن جعلناه إجارة، وإن جعلناه جعالة فوجهان.

ولو ابتدأ العقد في المرض، قال في «البحر»: يحتمل أن يحسب العوض من الثلث، ويحتمل أن يبنى على اختلاف القولين.

الثاني: السبق يجوز أن يكون عندهما، ويجوز أن يكون[2] عند عدل، فلو قال

---

(١) في جـ: غيره.

(٢) زاد في د: وضعه.

أحدهما: نتركه عندنا، وقال الآخر: بل ندعه عند عدل - نظر: إن كان الملتزم دينًا أجيب الأول، وإن كان عينًا أجيب الثاني. فلو اتفقا على إخراجه من اليد، وقال أحدهما: نضعه عند زيد، وقال الآخر: بل عند عمرو- اختار الحاكم أمينًا، وهل يتعين أحد الأمينين المتنازع فيهما أو له أن يختار غيرهما؟ فيه وجهان.

الثالث: لو جمع بين بيع ومسابقة على عوض، فإن قلنا: إن المسابقة كالإجارة، خرج على القولين في الجمع بين بيع وإجارة، وإن قلنا: إنها كالجعالة؛ لم يصح؛ لأن الجمع بين معاملة لا تلزم وبيعٍ يلزم في صفقةٍ واحدة لا يمكن، كذا حكاه الرافعي عن الصيدلاني.

ويجوز ذلك، أي: العقد بعوض على الرمي بالنُّشَّاب والرماح والزانات، أي: المزاريق وما أشبهها من آلة الحرب، أي: كالنبال والمسلَّة والإبرة؛ لما روى الشافعي بسنده عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لَا سَبَقَ إِلَّا فِي نَصْلٍ، أَوْ خُفٍّ، أَوْ حَافِرٍ»[(١)] وخرجه أبو داود والنسائي والترمذي أيضًا.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩) كتاب الجهاد: باب في السبق حديث (٢٥٧٤)، والترمذي (٤/ ١٧٨) كتاب الجهاد: باب ما جاء في الرهان والسبق حديث (١٧٠٠)، والنسائي (٦/ ٢٢٦) كتاب الخيل: باب السبق حديث (٣٥٨٥)، وأحمد (٢/ ٤٧٤)، والشافعي (٢/ ١٢٨)، كتاب الجهاد حديث (٤٢٢)، وابن حبان (١٦٣٨- موارد) والطبراني في الصغير (١/ ٢٥)، والبيهقي (١٠/ ١٦) كتاب السبق والرمي باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل، والبغوي ي شرح السنة (٥/ ٥٣٥) من طريق ابن أبي ذئب عن نافع عن أبي هريرة به.
وقال الترمذي: حديث حسن، وأقره البغوي، وصححه ابن حبان.
وأخرجه الشافعي (٢/ ١٢٩) كتاب الجهاد حديث (٤٢٣)، والبيهقي (١٠/ ١٦) كتاب السبق والرمي: باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل من طريق ابن أبي فديك عن ابن أاي ذئب عن عباد بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة به بلفظ: لا سبق إلا في حافر أو خف.
وأخرجه النسائي (٦/ ٢٢٧) كتاب الخيل: باب السبق، وابن ماجه (٢/ ٩٦٠) كتاب الجهاد: باب السبق والرهان حديث (٢٨٧٨)، وأحمد (٢/ ٢٥٦، ٣٨٥، ٤٢٥)، والبيهقي (١٠/ ١٦)، كتاب السبق والرمي: باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل، من طريق محمد بن عمرو عن أبي الحكم مولى الليثيين عن أبي هريرة.
وأخرجه أحمد (٢/ ٣٥٨) من طريق أبي صالح عن أبي هريرة وفي الباب عن ابن عباس وابن عمر.
- حديث ابن عباس:
أخرجه الطبراني في الكبير (١٠/ ٣٨٢) رقم (١٠٧٦٤) من طريق عبد الله بن هارون الفروي ثنا قدامة عن مخرمة بن بكير عن أبيه عن عطاء عن ابن عباس قال: لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل.
والحديث ذكره الهيثمي في المجمع (٥/ ٢٢٦)، وقال: فيه عبد الله بن هارون الفروي وهو ضعيف. =

والسبق - بفتح الباء-: هو المال الذي يدفع للسابق على سبقه، ويسمى: الخطر، والندب، والفرع، والواجب، وبالتسكين: مصدر «سبق يسبق»، وقد وردت الرواية بهما لكن الأولى أثبت.

والنصال، قال في «الصحاح»: نصل السهم والسيف والسكين والرمح والمزاريق.

وأراد ﷺ بالخف: الإبل، وبالحافر: الخيل.

وفي «التهذيب» حكاية وجه: أن المسابقة بالعوض لا تجوز على الرمي بالرماح والزانات ونحوهما من آلة الحرب؛ لأنه قل ما يحتاج إلى الرمي بها في الحرب.

ومن صور الخلاف: رمي الحجارة باليد وبالمقلاع والمنجنيق، وجزم في «المهذب» بالجواز في الرمي بالمقلاع، وهو الصحيح في الجميع في غيره.

ومن صور الخلاف: التردد[1] بالسيوف والرماح، والأصح - وعليه نص في «الأم» كما حكاه أبو الطيب-: الجواز أيضًا؛ للخبر، ولأنه أعظم عُدَد القتال.

ولا خلاف في أنه لا يجوز على الرمي بالجلاهق.

تنبيه: النشاب: ما يرمى به عن القسي الفارسية، والنبل: ما يرمى به عن العربية، كذا حكاه الأزهري.

قال: **ويجوز على الخيل**؛ لقوله تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ﴾ [الأنفال: ٦٠]، ولخبر أبي هريرة، ولأنها المعتدة للقتال غالبًا.

قال: **والإبل**؛ للخبر، وقد كان للنبي ﷺ ناقة يقال لها: العضباء، وكانت لا تُسْبَق، فجاء أعرابي على قعود فسبقها؛ فشق ذلك على المسلمين فقالوا:

= - حديث ابن عمر:
أخرجه ابن حبان (٧/ ٩٦- الإحسان) رقم (٤٦٧٠) من طريق عاصم بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أن النبي ﷺ سابق بين الخيل وجعل بينهما سبقًا وجعل بينهما محللًا، وقال: لا سبق إلا في حافر أو نصل.
ومن طريق عاصم رواه ابن أبي عاصم في الجهاد كما في التلخيص (٤/ ١٦٣-١٦٤) وقال الحافظ: وعاصم هذا ضعيف واضطرب فيه رأي ابن حبان فصحح حديثه تارة وقال في الضعفاء: لا يجوز الاحتجاج به، وقال في الثقات يخطئ ويخالف.

(١) في جـ: المتردد.

يا رسول الله، سُبقت العضباء! فقال [رسول الله ﷺ][1]: «إِنَّهُ حَقٌّ عَلَى اللهِ أَلَّا يَرْتَفِعَ مِنْ هَذِهِ الْقَذِرَةِ شَيْءٌ إِلَّا وَضَعَهُ»[2] خرجه البخاري والنسائي.

ولأن العرب تقاتل عليها أشد قتال؛ فكانت كالخيل، وتخالف الغنيمة حيث لم يجعل للواحد من الإبل سهم كالفرس؛ لأن السهم منوط بزيادة المنفعة والفائدة، وما يتهيأ للخيل من الانعطاف والالتواء وسرعة الإقدام، لا تشاركها الإبل فيه، والقصد هنا ما فيه غناء وفائدة في القتال، والإبل كذلك.

قال: **وفي الحمار والبغل قولان:**

وجه الجواز - وهو الذي رجحه الأكثرون-: عموم قوله ﷺ: «أَوْ حَافِرٍ».

قال الإمام: ومما يخطر للإنسان في إمكان قصد التعميم عدول رسول الله ﷺ عن الإبل والخيل إلى الخف والحافر.

ووجه المنع - وبه قال الإصطخري-: أنهما لا يصلحان للكر والفر في الحرب، ولا يقاتل عليهما غالبًا. وهذه طريقة ابن خيران، ووراءها طريقان أخريان:

إحداهما: القطع بالجواز، وبها قال ابن الوكيل وأبو إسحاق.

والثانية: القطع بالمنع، وبها قال ابن سريج.

قال: **وفي الفيل وجهان:**

وجه الجواز - وهو الأصح-: أنه أَعْتَى من غيره في الحرب، ولأنه ذو خف؛ فيدخل في الخبر.

ووجه المنع أنه لا يسهل به الإقدام، ولا يحصل منه كر ولا فر، ولا يقاتل عليه غالبًا؛ فلم يكن في معرض عموم الحاجة.

وقد روى بعضهم هذا الخلاف قولين.

قال: **ولا يجوز على الأقدام**، أي: على الجري على الأقدام، **والزبازب والطيور في ظاهر المذهب**؛ لخبر أبي هريرة وهذا هو الأصح، **وقيل: يجوز**

---

(١) سقط في ج.

(٢) أخرجه البخاري (٦/ ٨٦) كتاب الجهاد والسير: باب ناقة النبي ﷺ (٢٨٧٢)، وأبو داود (٢/ ٦٦٩) كتاب الأدب، باب: في كراهية الرفعة في الأمور، برقم (٤٨٠٢)، والنسائي (٦/ ٢٢٧) كتاب الخيل، باب السبق، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

ذلك؛ لأنه يحتاج إليها في الحرب، وعلى هذا: هل يجوز في السباحة؟ فيه وجهان. ووجه الفرق بينهما وبين الأقدام: أن الماء يؤثر في السباحة، والأرض لا تؤثر في السعي. ولا تجوز المسابقة على مناطحة الكباش ومهارشة الديوك بعوض ولا بغيره؛ لأنه حرام.

[قال][(١)]: **وفي الصراع وجهان:**

وجه الجواز: أنه ﷺ صارع رُكانة بن عبد يزيد على شاة، فصرعه، ثم عاد فصرعه، ثم عاد فصرعه[(٢)].

ووجه المنع - وهو الأظهر-: ظاهر خبر أبي هريرة، وصراع ركانة كان الغرض منه أن يريه شدته ليسلم؛ ولهذا لما أسلم رد عليه غنمه.

فعلى الأول: هل يجوز على المشابكة باليد؟ فيه وجهان منقولان عن «الحاوي»، ولا خلاف في جواز هذه الأشياء بغير عوض.

تنبيه: الصراع: بضم الصاد، يقال: صارعته مصارعة، حكاه في «رفع التمويه».

قال: **ولا تجوز المسابقة بين الجنسين: كالخيل والإبل**، وكذا بين الخيل والبغال، والبغال والحمير، إذا جوزنا المسابقة عليهما؛ لأن المقصود منهما اختيار الأفراس، وهؤلاء التفاوت بينهما معلوم، وقال أبو إسحاق: إذا تقارب جنسان كالخيل والنجيب جاز.

قال: **ويجوز على نوعين كالعربي والبرذون**؛ لأن البرذون في أول شوطه أجرى، وفي آخره ألين، والآخر بالعكس؛ فربما تكافآ عند الغاية.

وقال أبو إسحاق: إن تفاوت نوعان كالعتيق والهجين من الخيل، أو النجيب والبختي من الإبل - لم يجز. قال الرافعي: وهذا ينبغي أن يكون أرجح؛ لما سنذكره، وإن كان الجواز أشهر.

---

(١) سقط في أ.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٨- المراسيل) عن سعيد بن جبير فذكره مرسلًا.
وقال الحافظ في تلخيص الحبير (٤/ ٢٩٩) صحيح إلى سعيد بن جبير إلا أن سعيد لم يدرك ركانة وقال الهيثمي وروي موصولًا.
قلت: والموصول أخرجه الترمذي (٣/ ٣٨٠) كتاب اللباس: باب العمائم على القلانس (١٧٨٤)، وأبو داود (٢/ ٥٥) كتاب اللباس: باب في العمائم (٤٠٧٨).
وقال الترمذي: حديث غريب وإسناده ليس بالقائم.

ولا نزاع في أنه لو كان الفرسان من نوع واحد، وكان كل منهما نجيبًا [يمكن أن][(١)] يسبق الآخر - جاز إذا كان القتال عليه ممكنًا. ولو كان أحد الفرسين [ضعيفًا][(٢)] يقطع بتخلفه، أو فارهًا يقطع بتقدمه - لم يجز. ولو كان سبق أحدهما ممكنًا على الندور، ففي الاكتفاء به للصحة وجهان، أقربهما في كلام الأصحاب: المنع؛ فإنه لا يقام للاحتمال النادر وزنٌ، وهذا ما تمسك به الرافعي في تقوية مذهب أبي إسحاق، وقال: أي فرق بين أن يقع التخلف لأمر عارض أو لرداءة النوع؟!

تنبيه: البرذون: هو الذي أبواه عجميان، والعتيق: أبواه عربيان، والهجين: أبوه عربى وأمه غير عربية، والمقرف - بضم الميم، وإسكان القاف، وكسر الراء، وبالفاء-: أبوه عجمي وأمه عربية. ويكون ذلك في الناس والخيل.

قال: **ولا يجوز[(٣)] إلا على فرسين معروفين**؛ لتوقف المقصود على ذلك، وهو معرفة جوهرهما. ولا نزاع في أن التعيين في ذلك كافٍ، وهل يكفي فيه الوصف؟ فيه وجهان:

المعزيُّ منهما للعراقيين - كما حكاه الإمام ورجحه-: الجواز أيضًا؛ لأن الوصف والإحضار بعده يقومان مقام التعيين في عقد السلم وعقود الربا؛ فكذلك هاهنا.

وعلى هذا: فيجب أن يحضرا فرسين من نوع واحد.

والثاني - وبه قال الشيخ أبو محمد، وهو الذي صححه في «الوجيز»، وأجاب به الروياني-: المنع.

ولو جرت المسابقة مطلقًا، قال العراقيون: هو كما لو جرت على السهام مطلقًا.

قال: **ولا تجوز إلا على مسافة معلومة الابتداء والانتهاء**، أي: يمكن وصول الفرسين إليها غالبًا؛ اقتداء بالنبي ﷺ فإنه سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع، وما لم يضمر منها من الثنية إلى مسجد بني زريق. ولأنهما لو تسابقا [على][(٤)] إجراء الفرسين إلى أن يسبق أحدهما من غير غاية؛ لم يؤمن ألا

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في التنبيه: وتجوز.
(٤) سقط في جـ.

يسبق أحدهما إلى أن يعطب؛ حرصًا على طلب المال، ويتعذر عليهما إقامة البينة على السبق. وأيضًا: فإن فرس أحدهما قد يكون أكثر جريًا في الابتداء والآخر عكسه؛ فلا بد من غاية تجمع حالتيه، أما إذا كانت المسافة لا تنتهي إلى مثلها الأفراس غالبًا، فلا يصح العقد.

ولو عيَّنا غاية، وشرطا أن السبق إن اتفق في وسط الميدان كفى - ففي جوازه وجهان مبنيان على المعنيين: فعلى الأول يصح، وعلى الثاني لا [يصح][1]، وهو الأشبه. ولو عينا غاية وقالا: إن اتفق السبق عندها فذاك، وإلا تعدينا إلى غاية أخرى، واتفقا عليها - فوجهان مرتبان، وأولى بالصحة.

قال: ولا يجوز[2] **إلا على عوض معلوم** كالإجارة والجعالة، والعلم تارة يحصل بالمشاهدة إن كان معينًا، وتارة بالوصف إن كان في الذمة. ويجوز أن يكون العوض حالًّا ومؤجلًا.

ولو عقدا على مجهول أو خمر أو خنزير فسد العقد، وهل يستحق السابق أجرة المثل؟ فيه وجهان جاريان في كل صورة يفسد فيها عقد المسابقة والمناضلة:

أحدهما - وبه قال أبو إسحاق وابن القاص-: أنه لا يستحق شيئًا على باذل المال؛ لأنه لم يعمل له شيئًا، وفائدته ترجع إليه.

وأصحهما - وبه قال أبو الطيب بن سلمة، واختاره الشيخ أبو محمد والقفال-: أنه يستحق؛ لأن المنفعة التي يستحق بها المسمى في العقد الصحيح لا تعرى عن العوض عند الفساد كما في الإجارة والقراض، والعمل قد لا يقع[3] في القراض ومع ذلك يكون مضمونًا.

فعلى هذا: لو كان الفساد بسبب آخر، وكان العوض لا يتعذر تقويمه - ففيما يرجع به طريقان حكاهما الإمام:

أحدهما: في المسألة قولان كما في الصداق والخلع، ووجه الشبه: أن السبق ليس على حقائق الأعواض؛ فإن فائدة العمل للعامل؛ كما أن الصداق وبذل الخلع ليسا على حقائق الأعواض.

---

(١) سقط في د.
(٢) في التنبيه: تجوز.
(٣) في جـ: ينفع.

والثاني: القطع بالرجوع إلى أجرة المثل، وهذا هو الصحيح وإن ثبت الخلاف، لكن تعتبر أجرة المثل بالنظر إلى الزمان الذي اشتغل فيه بالرمي، أو ما يجري في المسابقة بالنسبة إلى تلك المسافة في عرف الناس غالبًا؟ فيه وجهان:

الأول منهما: عن أبي الطيب بن سلمة، قال ابن كج: وكأنه بناه على أن الحر إذا غُصِبَ على نفسه يستحق أجرة المثل لتلك المدة.

والثاني: عن أبي الحسين، قال الرافعي: وهو أقرب، مع أنه يمكن أن يقال: ليس للناس في هذا عرف غالب يرجع إليه.

قال: **ويجوز أن يكون العوض منهما ومن غيرهما**، أي: ولو من بيت المال؛ لأنه إخراج مال لمصلحة الدين فجاز من الجميع كرباط الخيل في سبيل الله، وقد روى عمر أن النبي ﷺ سابق بين الخيل، وجعل بينهما سَبَقًا(١).

فرع: إذا كان العوض منهما جاز أن يكونا متساويين فيه ومتفاضلين، وعن «الحاوي» والصيمري: أنه يجب أن يتساوى المالان.

قال: **فإن أخرج أحدهما السبق على أن من سبق [منهما](٢) أحرزه، جاز**؛ لما روي أن النبي ﷺ مر بحزبين من الأنصار يتناضلون [وقد](٣) سبق أحدهما الآخر(٤)، فأقرهما على ذلك، ولأن المقصود من العقد يحصل بذلك مع خلوه عن القمار؛ فإن المخرج حريص على أن يسبق كي لا يغرم، والآخر حريص عليه؛ ليحوز السبق.

فرع: لو كان المخرج للمال يقطع بأنه سابق فهذه مسابقة على غير مال، وإن كان يقطع بأنه مسبوق؛ ففي صحة هذه المسابقة وجهان.

قال: **وإن أخرجا السبق على أن من سبق منهما أخذ الجميع، لم يجز**؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَقَدْ أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَهُمَا فَهُوَ قِمَارٌ، وَإِنْ لم يَأْمَنْ أَنْ يَسْبِقَ فَلَيْسَ بِقِمَارٍ»(٥)، فجعل النبي ﷺ ذلك قمارًا عند

---

(١) روي من حديث ابن عمر وليس من حديث عمر كما ذكر المصنف، أخرجه ابن حبان (١٠/ ٥٤٣) برقم (٤٦٨٩) من طريق عاصم به عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر به.
وأعله الحافظ في تلخيص الحبير (٤/ ٣٠١) بعاصم بن عمر.

(٢) سقط في التنبيه.
(٣) سقط في ج.

(٤) يأتي تخريجه من حديث سلمة بن الأكوع.

(٥) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠) كتاب الجهاد: باب في المحلل حديث (٢٥٧٩)، وابن ماجه (٢/ =

الأمن من سبق فرس المحلِّل فرسهما، فبأنْ يكون قمارًا إذا لم يكن ثم محلل أولى، ولأن معنى القمار موجود فيه؛ فإن كل واحد منهما يرجو الغُنْم ويخاف الغُرْم.

قال: **إلا أن يكون معهما محلل [وهو ثالث]**[(١)] **على فرس كَفِيءٍ لفرسيهما؛ لا يخرج شيئًا**، أي: فيجوز؛ للخبر.

وذهب ابن خيران إلى منع هذه المسابقة، ووجهه: بأن كل واحد من المخرجين قد يغرم وقد يغنم لو جوزناه، وذلك قمار.

وقد حكى الإمام ما قاله ابن خيران قولًا، وجعل المسألة على قولين، وغيره حكى الخلاف وجهين وعبر عنه بأن المحلل يحلل لنفسه ولغيره، أو لنفسه فقط؟ وظاهر المذهب - وهو المنصوص: الأول؛ لما ذكرناه وهو الذي يأتي عليه التفريع. وأما إذا لم يكن فرس المحلل كفئًا لفرسيهما: فإن قطع بأنه مسبوق فهو كما لو لم يكن؛ للخبر، وإن قطع بأنه سابق؛ ففي الصحة وجهان، والأصح: عدم الصحة.

تنبيه: الكفيء: بفتح الكاف وكسر الفاء، مهموز ممدود، وهو المكافئ المماثل للنظير، ويقال فيه: الكفء، والكفوء - بالضم والمد - على «فعول»، والمصدر: الكفاءة، بالفتح والمد.

قال: **فإن سبقهما أحرز سبقهما بسبقه**[(٢)]**، وإن سبقاه أحرز كل واحد منهما سبقه**؛ لعدم سبقه لهما وسبق أحدهما للآخر، **وإن سبق أحدهما [مع]**[(٣)]

= ٩٦٠)، كتاب الجهاد باب: باب السبق والرهان حديث (٢٨٧٦)، والدارقطني (٤/ ١١١)،كتاب السير (٤/ ٣٠٥)، كتاب السبق بين الخيل والحاكم (٢/ ١١٤)، والبيهقي (١٠/ ٢٠) كتاب السبق، والبغوي في شرح السنة (٥/ ٥٣٧)، كلهم من طريق سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعًا.

قال الحافظ في التلخيص (٤/ ١٦٣): وسفيان هذا ضعيف في الزهري،وقد رواه عمر وشعيب وعقيل عن الزهري، عن رجال من أهل العلم قاله أبو داود، قال وهذا أصح من الرفع عندنا، وقال أبو حاتم: أحسن أحواله أن يكون موقوفًا على سعيد بن المسيب، فقد رواه يحيى بن سعيد عن سعيد قوله انتهى، وكذا هو في الموطأ عن الزهري عن سعيد قوله، وقال ابن أبي خيثمة سألت ابن معين عنه، فقال: هذا باطل، وضرب على أبي هريرة وقد غلط الشافعي سفيان بن حسين في روايته عن الزهري عن سعيد عن أبي هريرة، حديث الرجل جبار، وهو بهذا الإسناد أيضًا.

(١) سقط في جـ. (٢) في جـ: لسبقه. (٣) سقط في جـ.

المحلل أحرز سبق المتأخر لسبقهما. وعلى مذهب ابن خيران: يفوز المحلل بالسبق. وإن **سبق أحدهما أخذ السبقين**: أما سبق نفسه؛ فلأنه لم يسبق، وأما سبق الآخر؛ فلسبقه له. وعلى مذهب ابن خيران: لا يأخذ سبق صاحبه.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون المخرج للمال اثنين أو مائة والمحلل واحد، وهاهنا أصل آخر حكاه الإمام، وهو أنه: إذا أطلقنا شرط المال للسابق فاللفظ للسابق المطلق، أو يتناول من سبق غيره وإن كان مسبوقًا بغيره؟ وفيه اختلاف للأصحاب، والظاهر الأول، ويترتب على الأصلين خلاف في صورتين:

إحداهما: إذا كانت الصورة كما ذكرها الشيخ، ثم جاء المحلل ثم أحد المستبقين، ثم الآخر - فالمحلل يحوز ما أخرجه المصلي بلا خلاف، وفيما أخرجه الفِسْكِل ثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه للمحلل أيضًا؛ بناء على أن الاعتبار في السبق السابق المطلق.

والثاني: أنه للسابق والمصلي جميعًا؛ لأنهما سبقاه.

وأضعفها: أنه للمصلى وحده، ويجعل سابقًا للفسكل؛ كما جعل المحلل سابقًا للمصلي.

الثانية: لو سبق أحد المستبقين، ثم جاء المحلل، ثم جاء الثاني - فيحوز السابق ما أخرج، وأما ما أخرجه الثاني.

فإن قلنا بظاهر المذهب ففيه ثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه للسابق؛ لأن المحلل مسبوق.

والثاني: أنه له وللمحلل؛ لأنهما سبقاه.

والثالث: أنه للمحلل وحده.

وإن قلنا بمذهب ابن خيران فوجهان:

أحدهما: أنه للمحلل.

والثاني: أنه يحوزه مخرجه، ولا يستحقه السابق ولا المحلل: أما السابق؛ فلأنا نفرع على أن المحلل لا يحل لغيره، وأما المحلل؛ فلأنه مسبوق مطلق.

فرع: ينبغي أن يجري فرس المحلل بين فرسي المتسابقين، فإن لم يتوسطهما وأُجْرِيَ من أحد الجانبين - جاز إذا تراضيا به؛ فلو رضي أحدهما بأن يعدل عن الوسط ولم يرض الآخر لزمه التوسط. ولو رضيا بألا يتوسط، لكن قال أحدهما:

يكون على اليمين، وقال الآخر: بل على اليسار - لزم التوسط، [وليس كما][(١)] لو تنازع المتسابقان في اليمين واليسار؛ فإنه يقرع بينهما.

قال: **وإن أخرج الإمام من بيت المال أو أحد الرعية من ماله السبق[(٢)] بين اثنين، وشرط أن من سبق منهما فهو له - جاز**، أي: جاز من غير محلل؛ لانتفاء معنى القمار منه، وإلا فقد تقدم أنه يجوز أن يكون السبق من غير المتسابقين، وهو شامل للصورتين.

قال: **فإن سبق أحدهما استحق**؛ عملًا بالشرط، **وإن جاءا معًا لم يستحقا**؛ لفقد الشرط. **وإن شرط للسابق وللآخر** أي: مثل أن قال: من جاء منكما أولًا فله درهم، ومن جاء آخرًا فله درهم - **لم يجز**؛ لأن كل واحد منهما يعلم أنه يستحق فلا يجتهد؛ فلا يحصل المقصود الذي شرع له العقد، وهذا مما لا خلاف فيه بين الأصحاب. نعم لو شرط للسابق أكبر من الآخر كان فيه الخلاف الآتي من بعد.

قال: **فإن[(٣)] كانوا ثلاثة فشرط لاثنين دون الثالث، أو أربعة، فشرط لثلاثة دون الرابع - جاز**.

صورة المسألة الأولى: أن يقول: من جاء منكم مُجَلِّيًا فله درهم، ومن جاء منكم مصلِّيًا فله درهم، ومن جاء منكم فسكلًا فلا شيء [له][(٤)].

وصورة الثانية: أن يقول: من جاء منكم مُجَلِّيًا فله درهم، ومن جاء منكم مصلِّيًا فله درهم، ومن جاء تاليًا فله درهم، ومن جاء فسكلًا فلا شيء له.

وإنما جاز في هاتين الصورتين؛ لأن كل واحد منهم يجتهد حتى لا يكون فسكلا. وكلام الإمام يشير إلى خلاف فيهما، وأن الأصح الفساد؛ فإنه قال: لو شرط للمُجَلِّي وللمصلى، وفاضل المصلَّى - فالمذهب: أن ذلك باطل. ولو سوى بين السابق والمصلي فهو في الترتيب كما لو فضل المصلي على السابق. وكل ما ذكرناه فيه إذا اشتمل مكان التسابق - وهي المسمى: الحلبة - على فرسان السابق والمصلي وغيرهما؛ فلو كان يتسابق رجلان فالمصلي فسكل، ولا خلاف أنه لا يجوز تخصيص الفسكل بالسبق، وهذا غير المثالين اللذين ذكرهما الشيخ.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في التنبيه: سبقا.
(٣) في التنبيه: وإن.
(٤) سقط في جـ.

قال: **وإن شرط للجميع وسوى بينهم**، أي: مثل: أن شرط لمن جاء فسكلًا درهمًا - أيضا - لم يجز؛ لما ذكرناه.

قال: **وإن فاضل وجعل**(١) **للسابق عشرة، وللمجلي تسعة، وللمصلي ثمانية - فقد قيل: يجوز**؛ لأن كل واحد يجتهد أن يتقدم فيأخذ الأكثر، وهذا ما صححه ابن الصباغ، وجعله البندنيجي المذهب، وقال الإمام: إنه الذي قطع به معظم الأصحاب.

وقيل: لا يجوز؛ لأن كل واحد قطع بحصول شيء له؛ فلا يبالغ في الاجتهاد.

واعلم أن بعض الشارحين ناقش [الشيخ](٢)، فقال: قد جعل المجلي الثاني، والمصلي الثالث، وقد جاء في بعض النسخ تقديم المصلي على المجلي، والكل سهو؛ بل السابق هو: المجلي، والثاني هو المصلي، والثالث: التالي، والرابع: البارع، والخامس: المرتاح، والسادس: الحظي، والسابع: العاطف، والثامن: المؤمل، والتاسع: اللطيم، والعاشر: السُّكَيْت، والذي يجيء في آخر الكل: الفسكل، بكسر الفاء والكاف.

قلت: لا سهو في النسخ المذكورة(٣)؛ لأن صاحب «الذخائر» حكى أن أبا منصور عبد الملك الثعالبي(٤) قال في كتاب «فقه اللغة»: كانت العرب تعد السوابق ثمانية، ولا تجعل لما جاوزها حظًّا، أولها: السابق، ثم المجلي، ثم المصلي، ثم المقفِّي، ثم التالي، ثم المؤمل، ثم البارع، ثم اللطيم.

وحكي عن الفراء: أنه ذكر في السوابق عشرة لم يحكها غيره، [وهي](٥) السابق، [ثم المجلي](٦)، ثم المصلي، ثم التالي، ثم المرتاح، ثم العاطف، ثم الحظي مخفف

---

(١) في التنبيه: فجعل.
(٢) سقط في ج.
(٣) في د: المشهورة.
(٤) هو: عبد الملك بن محمد بن إسماعيل أبو منصور الثعالبي، ولد سنة خمسين وثلاثمائة، من أئمة اللغة والأدب، من أهل نيسابور، كان فراءًا يخيط جلود الثعالب، اشتغل بالأدب والتاريخ، من كتبه: يتيمة الدهر، وسحر البلاغة، والإعجاز والإيجاز، وفقه اللغة، وغير ذلك. توفي سنة تسع وعشرين وأربعمائة.
ينظر: معاهد التنصيص (٣/ ٢٦٦)، ومفتاح السعادة (١/ ١٨٧)، وشذرات الذهب (٣/ ٢٤٦).
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ج.

الظاء - وقيل: ثم المؤمل - ثم اللطيم ثم السكيت بتخفيف الكاف، ثم يُثَقَّل.

فعلى ما حكاه أبو منصور عن المشهور، ينطبق كلام الشيخ.

وأما ما جاء في بعض النسخ من تقديم المصلي على المجلي فنقول: إن صح فالشيخ - رضي الله عنه - لم يعتبر الترتيب المعهود في كتب اللغة، ولكنه أراد أن يعرفك أنه إذا جعل للمتأخر أكثر من المتقدم هل يصح عقد المسابقة أم لا؟ وفيه خلاف مشهور في المذهب، كما هو مذكور فيما إذا شرط لجميع المتسابقين وفاضل بينهم حتى الفسكل، وهو جارٍ - أيضًا - فيما إذا شرط للمتأخر دون المتقدم، لكن الأصح في هاتين الصورتين: المنع، والأصح - كما ذكرناه - فيما إذا جعل الأكثر للسابق، ثم الذي يليه، ثم الذي يليه: الجواز.

قال: **وإن شرط** - أي: المخرج - **أنه إذا سبق أحدهما أطعم السبق أصحابه، لم تصح المسابقة على ظاهر المذهب**، وهو الصحيح؛ لأنه تمليك شرط فيه ما يمنع المالك كمال التصرف؛ فإذا لم يصح الشرط بطل العقد؛ كما لو باعه [شيئًا](١) بشرط ألا يبيعه.

فعلى هذا: من سبق لا يستحق [المسمى](٢)، وهل يستحق على الشارط أجرة المثل؟ فيه الخلاف السابق.

والأصح في «تعليق» القاضي الحسين - وبه قال أكثر الأصحاب-: الاستحقاق.

قال: **وقيل: تصح، إلا أنه يسقط المسمى، ويجب عوض المثل**؛ لأن المسابقة تصح بدون العوض، وثبوته فيها ليس على حقائق الأعواض، وقد اقترن به ما يفسده؛ فاقتصر الفساد عليه، كما نقول في الصداق والخلع.

قال: **وقيل: تصح، ولا يستحق [شيئًا]**(٣)، أي: تصح بالمسمى، ويُلْغَى الشرط، ولا يستحق المشروط له الطُّعمةُ شيئًا؛ لأن الشرط لا يعود نفعه إلى المستبق، فلا يكون شرطًا، وإنما يكون وعدًا، وهذا قول أبي إسحاق المروزي، وشبهه بما قاله الشافعي فيما إذا قال: أصدقتك ألفين على أن تعطي أباك ألفًا؛ فإن الصداق صحيح؛ لأنه شرط عليها ما لا يعود نفعه إليه.

---

(١) سقط في جـ.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في جـ.

وقد حكى الإمام عن صاحب «التقريب»: أنه قال: كل شرط فاسد لو فرض طرحه لاستقل عقد المسابقة والمناضلة بإطلاقه، فهل يبطل العقد؟ فيه وجهان. وكلُّ ما لو صرح به لم يستقل العقد، فإذا فسد فلا بد من فساد العقد، وهو كما لو لم يذكر في[١] المسابقة غاية ولا في المناضلة، أما إذا شرط المجعول له السبقُ الطعمة، قال القاضي الحسين: العقد صحيح؛ كما في البيع: إذا باع طعامًا، وشرط البائع على المشتري أن يطعم أصحابه لا يجوز، ولو شرط المشتري أن يطعم أصحابه لا يفسد العقد، وهذا كما قال الشافعي: لو عقد النكاح، وشرط ألا يطأها: لا يصح النكاح. وقال في موضع آخر: يصح النكاح.

قال الربيع: المسألة على حالين:

حيث قال: لا يصح، إذا شرطت المرأة على الزوج ألا يطأها.

وحيث قال: يصح، إذا شرط الزوج ألا يطأها؛ وذلك لأن الوطء حق الزوج. وهذا مما استحسن من تخريجات الربيع . انتهى.

واعلم أن بعض الشارحين لهذا [الكتاب][٢] قال: إن القول الثاني غير موجود في مشاهير الكتب، وإن أقرب ما يُؤَوَّل عليه كلام الشيخ أن يقال: عنى بقوله: لا يصح على ظاهر المذهب، أنه لا ينعقد على وجهٍ يستحق به المسمى. وعنى بقوله: وقيل يصح إلا أنه يسقط المسمى ويجب عوض المثل، أنه ينعقد فاسدًا ولا يلغو؛ فيجب أجرة المثل. وعنى بقوله: يصح ولا يستحق شيئًا، أنه لا يلغو بالكلية؛ من حيث إنه جعل لنفسه نفعًا، ولا يستحق شيئًا، لأنه لم يحصِّل لصاحبه نفعًا.

قال: **والسبق في الخيل إذا استوت أعناقها** - أي: في الطول والقصر والارتفاع والمد عند الجري - **أن يسبق أحدهما بجزء من الرأس من الأذن وغيره**؛ لقوله ﷺ: «بُعِثْتُ وَالسَّاعَةَ كَفَرَسَيْ رِهَانٍ كَادَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَسْبِقَ الْآخَرَ بِأُذُنِهِ»[٣]، فأثبت

---

(١) في جـ: على.

(٢) سقط في جـ.

(٣) أخرجه الحاكم فى المستدرك عن أنس كما فى كنز العمال للهندى (٣٩٥٧١) بلفظ: «بعثت أنا والساعة كهاتين وأشار بإصبعه المشيرة والوسطى كفرسى رهان استبقا فسبق أحدهما صاحبه...».

النبي ﷺ السبق بالأذن، وفي هذه الحالة متى وجد السبق بجزء من الرأس وجد السبق بالكاهل.

قال: وإن اختلفا في طول العنق، أو كان ذلك في الإبل - اعتبر السبق بالكاهل؛ كي لا يحصل السبق بزيادة الخلقة لا بجودة الجري. وفي هذه الحالة إن سبق القصير العنق بكل عنقه أو بعضه فهو السابق، وكذا إن سبق الطويل العنق القصير العنق بكل عنقه فهو السابق، وإن سبقه ببعضه: فإن كان بقدر الزيادة فلا سبق، وإن كان بأقل من الزيادة فالسابق القصير. وهذه الطريقة المشهورة في كتب العراقيين.

وحكى الإمام عن الأصحاب [ترددا] في أن السبق يعتبر بمقدم الرأس والعنق والهادي، أو بمواقع الأقدام، وأن بعضهم نسبه إلى المنصوص، وجعل في المسألة قولين، وأن العراقيين قالوا: إن كان عنق أحد الفرسين أطول فسبق بقدر الزيادة؛ فلا يكون سابقًا، وإن استوى العنقان في الطول فهو موضع الخلاف. ثم قال: وفي ذلك إشكال؛ فإن الفرسين إذا استويا في طول الرقبة وقصرها، وكانا يمدان عنقهما في العدو - فالسابق بالرقبة يكون سابقًا بمواقع الأقدام لا محالة؛ فلا يبقى للتردد وجه، والوجه: حمل التردد على ما إذا كان الفرسان يتفاوتان في مد العنق عند العدو؛ فإن من الخيل ما يعتاد مد العنق في العدو، وذلك مما يستحسن، ومنها ما يكون شائلًا رأسه صعدًا، وهذا غير محبوب في العدو، وإنما يؤثر ويستحب في السير والهملجة، وقد يصدم وجه الفارس إذا كان يستعمل سلاحًا في عدوه، وإذا كان كذلك؛ فلا نظر إلى [أقدار] الأعناق.

وإن كانا يمدان الأعناق، وقلنا: الاعتبار بالأقدام - فلا نظر إلى الأعناق. وإن قلنا: الاعتبار بالأعناق فيتجه اعتبار التساوي في العنقين، وعلى هذا ينطبق ما حكاه الرافعي عن طريقة الصيدلاني والعمراني عن «العدة»: أنه لو كان أحد الفرسين أطول عنقًا من الآخر، فسبق الآخر ببعض العنق، وسبقه الآخر ببعض الكاهل - فأيهما السابق؟ فيه وجهان، ووراء ذلك أوجه:

أحدها: حكى الصيدلاني أن عند اختلاف العنق إذا سبق الأطول عنقًا ببعض عنقه - وكاهلهما سواء - عد ذلك سبقًا؛ لأن تقدير أعناق الخيل وضبطها عسير.

والثاني: أن التقدم ببعض العنق أو بالكاهل سبق؛ فلو تقدم أحدهما بأحدهما والآخر بالآخر فلا سبق.

والثالث: أن المتبع عرف الناس وما يعتبرون به السبق.

والرابع: الاعتبار بتقديم الأذن، أي: وإن اختلف العنق، وهو مذهب الثوري.

وهذا كله فيما إذا أطلقا العقد، فأما لو شرطا في السبق أقدامًا معلومة لم يحصل السبق بما دونها، كذا صرح به في «المهذب»، وحكى في موضع آخر: أن أبا علي الطبري قال في «الإفصاح»: لو تسابقا على أن من سبق صاحبه خمسة أقدام - كان له السبق، قال: جاز ذلك عندي؛ كما في الرمى. ثم قال أبو علي: ورأيت لبعض أصحابنا منع ذلك، ولا أعرف له وجهًا.

وقد تم الكلام في معرفة نهاية السبق، وأما موضع وقوفها في الابتداء؛ فلم يتعرض الشيخ لذكره ولا ضبطه، وقد حكى الإمام عن شيخه: أن المعتبر فيه بالأقدام لا غير، وأنما التردد في آخر الميدان، و[قال][1]: هذا حسن متجه لا يجوز غيره؛ فإنا لو اعتبرنا السبق من جهة استحسان مد الفرس عنقه فهذا لا يتحقق في الابتداء؛ فتعين اعتبار الأقدام؛ إذ بها السبق في الحقيقة، ولو اعتبرنا الرقبة لجر ذلك تفاوتًا في السبق مهما اختلفت الأقدام.

تنبيه: العنق يسمى الهادي.

والكاهل - بكسر الهاء - هو الكتف - بفتح الكاف وكسر التاء ثالثة الحروف - وهو مجتمع الكتفين، ويسمى: الكتد، وهو من الخيل مكان السنام من البعير، كذا نقله ابن الصباغ.

وقال القاضي الحسين: إنه مجتمع أسفل العنق وأعلى الصدر، بقرب سنام الإبل فوق اليدين.

[هنا][2] مناقشة: قال الشيخ محيي الدين النواوي - رحمه الله-: قد ينكر على المصنف كونه جعل الأذن من الرأس، ومذهبنا: أنه عضو مستقل لا من الرأس ولا من الوجه.

ويجاب عنه: بأنه جعلها من الرأس هنا مجازًا؛ للمجاورة، وكونها في تدوير الرأس.

وقد ينكر عليه شيء آخر، وهو أنه جعل الاعتبار بالرأس والأذن، وهذا خلاف ما نص عليه الشافعي والمصنف في «المهذب» وسائر الأصحاب: أن الاعتبار بالعنق لا بالرأس.

---

(١) سقط في جـ.

(٢) سقط في جـ.

قلت: في كلام الإمام الذي حكيته من قبل ما يدل على خلاف ذلك، وكذا كلام ابن الصباغ؛ فإنه قال - بعد أن حكى عن الثوري أنه اعتبر السبق بالأذن، وأنه استدل بالحديث الذي ذكرناه-: وأما الخبر فالقصد به المثل، وقد يكون ذلك مع تساوي العنقين ومدهما، وهذا عين ما ذكره الشيخ.

قال: وإن[1] **مات أحد المركوبين قبل الغاية بطل العقد**، أي: إذا ورد العقد على عينه؛ لأن القصد متعلق بعينه فبطل بتلفه كهلاك المبيع قبل القبض، أما إذا ورد على فرس موصوف، قال الرافعي: فلا ينبغي أن ينفسخ بهلاكه.

قال: «وإن[2] **مات أحد الراكبين قام وارثه مقامه**»، أي: فإن[3] **لم يكن له وارث استأجر الحاكم من يقوم مقامه** أي: إذا قلنا: إنه لازم كالإجارة، قال الرافعي: وقد أُبْدِيَ فيه احتمالٌ آخر؛ لأن للفارس أثرًا ظاهرًا، أما إذا قلنا: إنه جائز، انفسخ؛ كالجعالة.

واعلم: أن من هذا الكلام يؤخذ أن من شَرْطِ المسابقة على الخيل - وما في معناها - أن تُركب في حال السباق، حتى لو شرط إرسال الدواب لتجري بنفسها كان العقد باطلًا، كما صرح به الأصحاب.

قال: «وإن كانت المسابقة على الرمي لم يجز إخراج السبق منهما أو من غيرهما، إلا على ما ذكرناه في الخيل»؛ لما ذكرناه.

قال: «ولا يجوز» أي: العقد «حتى يتعين الرماة؛ لأن المقصود معرفة حذقهم؛ وذلك لا يحصل بغير تعيين، ولا يكفي في ذلك الوصف، بخلاف الخيل، كما حكيناه عن العراقيين»، ومن عبارتي الشيخ هنا وهناك يظهر اختلاف الحكم.

ثم أقل ما يصح عليه عقد النضال اثنان، وقد قال الشافعي: لو قال: ارم عشرة، فإن كان صوابك أكثر فلك كذا - لم يجز أن يناضل نفسه. وفيه وجه: أنه يصح جعالة؛ لأن له فيه غرضًا صحيحًا، وهذا ما قال ابن الصباغ: إنه المذهب. وصححه البندنيجي.

فعلى هذا: إذا رمى ستة على التوالي، فأصابها فقد استحق السبق، وهل يلزمه

---

(١) في التنبيه: فإن.

(٢) في التنبيه: فإن.

(٣) زاد في جـ: اختار فإن.

استكمال العشرة؟ فيه وجهان.

قال: «وإن[١] **كانوا حزبين لم يجز**» أي: العقد «**حتى يعرف كل واحد من رأس الحزبين أصحابه قبل العقد**».

جرت عادة الرماة أن يتحزبوا حزبين، ويُنْزِلوا كل حزب منزلة الرجل الواحد، وهو جائز على المذهب، ودليله: ما روى سلمة بن الأكوع قال: أتى علينا رسول الله ﷺ ونحن نترامى، فقال: «حَسُنَ هَذَا لَعِبًا! ارْمُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ؛ فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِيًا، ارْمُوا وَأَنَا مَعَ ابْنِ الْأَكْوَعِ» فكف القوم أيديهم وقسيهم، وقالوا: غلب يا رسول الله من كنت معه. قال: «ارْمُوا وَأَنَا مَعَكُمْ جَمِيعًا»[٢].

وقال أبو علي بن أبي هريرة: لا يجوز؛ لأنه يأخذ كل واحد منهم بفعل غيره.

وعلى الأول: لا بد في صحة [هذا][٣] العقد من أربع شرائط يمتاز بها عن غيره:

أحدها: أن يكون لكل حزب زعيم، وهو الذي سماه الشيخ رأسًا؛ فلا يكفي أن يكون للحزبين زعيم واحد يعقد عنهما، ويرتبهما في الرمي؛ كما لا يجوز أن يتوكل الواحد عن شخصين في البيع والشراء، قال القاضي الحسين: ويحتاج أن يكون الزعيم أحذقهم وأعرفهم باختيار الرجال.

والثاني: [تعيين][٤] رماة كل حزب؛ لاختلاف الغرض به، وصورته: أن يأخذ هذا الزعيم واحدًا، والزعيم الآخر واحدًا بالتراضي.

ولا يجوز أن يعين أحدُ الزعيمين أصحابه دفعة واحدة، ثم الآخر كذلك؛ لاحتمال أن يعين أحدهما الأقوياء.

ولا مدخل للقرعة في هذا التعيين؛ لأنها لا تنضبط، وربما أخرجت الحذاق لأحد الحزبين والضعفاء للآخر؛ فيبطل مقصود العقد. وكذا لو عدل الزعيمان بالاختيار وتساووا في القوة والضعف، ثم أخرجا القرعة على الحزبين؛ ليكون كل حزب لزعيم - لم يجز؛ لأنه عقد معاوضة فلم يجز تعيين المعقود عليه بالقرعة؛ كالبيع.

---

(١) في التنبيه: فإن.

(٢) أخرجه البخاري (٦/ ٦٢١) في المناقب: باب نسبة اليمن إلى إسماعيل (٣٥٠٧).

(٣) سقط في ج. (٤) سقط في ج.

نعم، للقرعة مدخل في تعيين المبتدئ من الزعيمين بالتعيين، كذا حكاه العراقيون، ومنهم ابن الصباغ، والبندنيجي، والمصنف.

ولا يشترط بعد هذا معرفة الرماة بعضهم بعضًا؛ بل معرفة الزعيم كافية.

والثالث: أن يكون عدد الحزبين متساويًا عند العراقيين، وبه أجاب صاحب «التهذيب» وغيره.

وقال الإمام ومن تابعه: لا يشترط التساوي في العدد، وإنما يشترط التساوي في الرمي وعدد الإصابة؛ فيجوز أن يكون أحد الحزبين واحدًا، والحزب الآخر اثنين، فيرمي الواحد سهمين، ويرمي كل من الآخَرَيْنِ سهمًا سهمًا.

ثم المحلل في التحزيب يجوز أن يكون من الحزبين، ويجوز أن يكون خارجًا عنهما يناضلهم أو لا يناضلهم.

[و][1] الرابع: أن يكون عدد السهام يمكن قسمته على الحزبين من غير تفاوت ولا كسر.

فإذا كان كل حزب ثلاثة؛ اعتبر أن تكون السهام لها ثلث صحيح؛ كالثلاثين والستين.

وإن كان أربعة اعتبر أن يكون للعدد ربع صحيح كالأربعين والثمانين؛ لأنه إذا لم يفعل ذلك بقي سهم، ولا يمكن اشتراك الجماعة في سهم واحد.

فرع: إذا شرط الرماة لواحد [معين][2] من الحزبين: أن حزبه إن نضل شاركهم في المأخوذ، وإن كان الآخر هو الناضل فلا شيء عليه، وإنما يغرم أصحابه - فهل يغني هذا عن المحلل؟ فيه وجهان، أصحهما - كما ذكره الإمام-: لا؛ لأن المحلل هو الذي إذا فاز بالسبق استبد بالمال، وهنا لا يستبد؛ بل يوزع المال عليه وعلى أصحابه. ولو اشتمل كل حزب على واحد - كما ذكرنا - قال الإمام: ففيه وجهان مرتبان على التي قبلها، وهذه أقرب إلى الصحة، والوجه: المنع.

ولو شرط كل حزب [كل][3] المال لمحللهم فهذا يمتنع على كل وجه.

قال: «ولا يجوز» أي: عقد المناضلة «مطلقًا إلا ممن يحسن الرمي»؛ لتوقف

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.

المقصود عليه، وهل يشترط تدانيهما في كثرة الإصابة وقلتها، حتى لو كان أحدهما كثير الإصابة والآخر كثير الخطأ - لا يصح؟ فيه وجهان، وجه المنع: أن نضل أحدهما معلوم؛ فيكون الناضل منهما كآخذ المال بغير حق.

فعلى هذا: لو ترامى غريبان صح، وإن أمكن أن يكون أحدهما بحيث لو علم حاله لتحقق عجزه أو ظفره.

وعن الشيخ أبي محمد في «المنهاج»: أنه لا يبعد عن القياس المنع؛ لما فيه من الجهالة العظيمة، ولكن الشافعي نص على تجويزه. ثم إذا ظهر أنه لا يحسن الرمي بطل العقد، وإن تبين أن أحدهما أحذق فهل يتبين بطلان العقد؟ فيه خلاف في «الرافعي».

قال: «فإن خرج في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي» أي: مثل أن أدخل الزعيم غريبًا في حزبه على ظن أنه يحسن، فبان عدمه - قال: «بطل العقد فيه»؛ لما ذكرناه، «وسقط من الحزب الآخر بإزائه واحد»؛ ليحصل التساوي؛ كما لو خرج أحد العبدين المبيعين مستحقًّا فإنه يبطل العقد فيه، ويسقط ما قابله من الثمن.

قال: «ثم الرماة بالخيار بين فسخ العقد وبين الإمضاء»؛ لتبعيض الصفقة عليهم، وقيل في المسألة قول آخر: إن العقد قد بطل في الجميع؛ عملًا بقاعدة تفريق الصفقة.

وهذا الطريق هو المشهور، وهو الذي اقتصر ابن الصباغ على إيراده، وجعل الذي يبطل العقد فيه من الحزب الآخر إذا رأينا تفريق الصفقة للشخص الذي اختاره الزعيم في مقابلة من لا يحسن الرمي، كما ذكرناه من قبل، وكلام الشيخ في «المهذب» يقتضي أنه لا يتعين؛ فإنه قال تفريعًا على قول عدم البطلان في الجميع: لو اختلف الرماة في تعيين من يخرج في مقابلة من لا يحسن الرمي فسخ العقد؛ لأنه تعذر إمضاؤه على مقتضاه.

ومن أصحابنا من قال: يبطل العقد في الجميع قولًا واحدًا؛ لأن في مقابلته من الحزب الآخر لا يتعين؛ فلا وجه للقرعة.

واستدرك الإمام ورأى أن يفصل فقال: إن كان الآخر بحيث لا يتمكن من أخذ القوس ونزع وتر فالحكم كما ذكروه، وإن كان يتمكن منها، لكنه ما اعتاد الرمي - ففيه احتمال، ويتطرق أيضًا إلى أن مثل هذا هل يرامى مع العلم بحاله،

أما لو خرج في [أحد][(١)] الحزبين من هو ضعيف الرمي قليل الإصابة، ولكن يحسن الرمي - فلا انفساخ، ولا خيار لإخوانه؛ لتقصيره، كما لا خيار للحزب الآخر لو خرج أقوى رميًا [مما][(٢)] ظن به.

فرع: إذا نضل أحد الحزبين الآخر؛ ففي كيفية قسمة المال وجهان في «المهذب»:

أحدهما - وبه جزم الغزالي، وابن الصباغ-: أنه يقسم بينهم بالسوية؛ كما يجب على المنضولين بالسوية؛ فعلى هذا: إن خرج فيهم من لا يصيب استحق.

والثاني: يقسم بينهم على قدر إصاباتهم؛ لأنهم استحقوا بها، ويخالف ما لزم المنضولين؛ فإن ذلك وجب بالالتزام، والاستحقاق بالرمي؛ فاعتبر بقدر الإصابة؛ فعلى هذا: إن خرج فيهم من لم يصب لم يستحق شيئًا، وهذا إذا أطلق العقد، فإن شرطوا أن يقتسموا على الإصابة فالشرط متبع، وللإمام احتمال فيه.

فرع: لو شرط في هذا العقد أن يرمى أول الحزب فلان، ثم بعده فلان، ثم بعده فلان، وهكذا في الحزب الآخر - لم يجز؛ لأن التقديم إلى الزعيم، حكاه البندنيجي وغيره.

قال: «ولا يجوز إلا على عدد من الرِّشق معلوم» أي: بأن يقول: يرمي كل واحد منا عشرة سهام مثلًا؛ «وأن يكون عدد الإصابة معلومًا» أي بأن يقول: ويكون المصاب منها خمسة مثلًا، لتوقف معرفة السبق عليه، وقيل: إذا تناضلا على رمية واحدة، وشرطا المال للمصيب فيها - صح على الأصح».

وقيل: لا يشترط بيان عدد الرشق؛ [بل التعويل على الإصابة. وقيل: إنه يشترط عدد الرشق][(٣)] في المحاطَّة؛ لينفصل الأمر وتتبين نهاية العقد، ولا يشترط في المبادرة؛ لتعلق الاستحقاق بالبدار إلى العدد المشروط، وهو سهل المدرك، وهذا الخلاف موجود في طريق المراوزة.

[تنبيه: الرشق - بكسر][(٤)] الراء المهملة-: الوجبة من السهام، كذا أطلقه أبو عبيد وغيره. وقال الأزهري: هو ما بين العشرين إلى الثلاثين، يرمي بها رجل أو رجلان يتسابقان. قال القاضي الحسين: والعجم تسميه: دست.

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.

وبفتح الراء: مصدر «رشقه، يرشُقه، رشقًا» أي: رماه.

قال: **فإن شرطا**[(١)] **إصابة [تسعة من تسعة، أو]**[(٢)] **تسعة من عشرة، أو عشرة من عشرة - لم يجز في أصح الوجهين**[(٣)]؛ لأن ذلك يندر فيتعذر المقصود.

والثاني: يجوز؛ لأنه يحتمل فأشبه ثمانية من عشرة، ولو شرط إصابة واحد من مائة - والرامي حاذق - ففيه أيضًا وجهان، أصحهما: المنع.

قال: «**وأن يكون مدى الغرض**» أي: الغاية «**معلومًا**»؛ لاختلاف الإصابة بالقرب والبعد.

والمدى: مقصور[(٤)] يكتب بالياء، [وهو الغاية][(٥)]، والعلم به يكون بالمشاهدة و[بذكر] الذُّرعان، وحكى قول أو وجه: أن ذكر الذُّرعان لا يشترط، ويترك على العرف الغالب للرماة في ذلك الموضع. وهذا ما رجحه الرافعي، واقتصر ابن كج على إيراده، وكلام صاحب «المهذب» و«التهذيب» يقرب منه؛ فإنهما قالا: إذا كان هناك غرض معلوم المدى حمل مطلق العقد عليه، والقولان متفقان على أنه إذا لم يكن هناك عادة غالبة يجب الإعلام.

[قال الرافعي: وليحمل على هذه الحالة ما أطلقه الأكثرون من اشتراط الإعلام][(٦)].

قال: «**فإن شرط دون المائتي ذراع جاز**»؛ لأن الإصابة فيه معتادة «**وفيما زاد، قيل: يجوز إلى مائتين وخمسين ذراعًا**»؛ لما روي عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ أنه قيل له: كيف تقاتلون العَدُوَّ؟ فقال: إِذَا كَانُوا عَلَى مِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ ذِرَاعًا قَاتَلْنَاهُمْ بِالنَّبْلِ، وَإِذَا كَانُوا عَلَى أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ قَاتَلْنَاهُمْ بِالسُّيُوفِ[(٧)].

وقيل: **يجوز إلى ثلاثمائة وخمسين ذراعًا**؛ لأن إصابة ذلك ممكنة، ولا

---

(١) في جـ: شرط.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في التنبيه: القولين.
(٤) في جـ: المدّ ومقصور.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في جـ.
(٧) أخرجه الطبراني في الكبير (٥/ ٣٤) رقم (٤٥١٣) وأبو نعيم في المعرفة كما في تلخيص الحبير (٤/ ٣٠٢)، وقال الهيثمي في المجمع (٥/ ٣٣٠)، فيه محمد بن الحجاج، قال أبو حاتم: مجهول.

يجوز فيما جاوز ذلك أن يجعل غاية؛ لأن المقصود لا يحصل، وقد قيل: إنه ما رمى إلى أربعمائة إلا عقبة بن عامر الجهني.

قال الرافعي: وقد عد الأصحاب ما بين المقدارين في حد النادر. يعني ما بين المائتين وخمسين والثلاثمائة وخمسين كما صرح به في «المهذب» و«التهذيب»، ومقتضى ذلك: أن يكون الأصح المنع؛ إذ الصحيح - كما ذكره من قبل - أن ما يندر الإصابة فيه لا يجوز المسابقة إليه، والذي حكاه القاضي الحسين عن المنصوص: الجواز.

وقد طرد صاحب «التهذيب» الخلاف فيما إذا شرط التناضل في الليلة المظلمة إذا كان الغرض مرئيًّا لهما، وقرب الخلاف من الخلاف فيما إذا نوى الإمام الإقامة في مفازة ليست هي موضع الإقامة، هل يصير مقيمًا؟

واعلم أن كلام الشيخ يقتضي أن المائتين وخمسين يجوز الرمي إليها اتفاقًا؛ كأنه ردَّد الخلاف فيما زاد على مائتين وخمسين إلى ثلاثمائة وخمسين. ويفهم أن الخلاف في المائتين؛ لكونه قال أولًا: «فإن شرط دون المائتي ذراع جاز»، و[1] هو مقتضى كلامه قد صرح به القاضي الحسين، وادعى أنه لا خلاف في الجواز إلى مائتين وخمسين، وفي الامتناع فيما زاد على ثلاثمائة وخمسين، وما هو مفهوم من كلامه قد حكاه الجيلي، حيث قال: إن في المائتين قولين ينبنيان على ما إذا شرطنا إصابة الرقعة، وفيها قولان، وعزا ذلك إلى «السلسلة».

وعن رواية الطبري وجه: أنه لا تجوز الزيادة على مائتي ذراع.

قال: وإن[2] **شرط الرمي إلى غير غرض، وأن يكون السبق لأبعدهما رميًا - لم يصح**؛ لأن المقصود من الرمي الإصابة، لا بعد المسافة».

وفيه وجه في الطريقين: [أنه يجوز][3]، وصححه الرافعي.

قال الإمام: والذي أراه على هذا أنه يجب استواء القوسين في الشدة، وتراعى خفة السهم ورزانته؛ فإنهما تؤثران في القرب والبعد تأثيرًا عظيمًا.

قال: «**وأن يكون الغرض في نفسه معلوم الصفة، معلوم الطول والعرض** [والسمك][4] **والارتفاع والانخفاض من**[5] **الأرض**»؛ لاختلاف الإصابة

---

(١) في د زيادة: ما.
(٢) في التنبيه: فإن.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في التنبيه.
(٥) في التنبيه: في.

باختلاف ذلك، ويكفي في ذلك العرف إن كان، وإلا فلا بد من الشرط.

وقيل: لا بد من الشرط.

تنبيه: الغرض - بفتح الراء-: العلامة التي يرمى إليها من خشب أو قرطاس أو نعل أو شَنٍّ وهو الجلد البالي، كما سنذكره - أو الدائرة التي في الشن: وهي نقش كالقمر قبل استكماله - أو الخاتم الذي في الدائرة: وهي نقش أيضًا كالخاتم. ومراد الشيخ بالوصف بيان أحد هذه الأنواع.

وحكى القاضي الحسين: أنهما لو شرطا إصابة الحلقة والرقعة هل يجوز؟ فيه وجهان؛ لندور الإصابة.

الهدف: ما ينصب الغرض عليه من كثيب الرمل أو التراب أو البناء، وغير ذلك.

وقيل: القرطاس: ما وضع على الهدف ليرمى من أي شيء كان، والغرض: ما ينصب في الهواء، قال الأزهري: ويسمى القرطاس هدفًا وغرضًا على الاستعارة.

السمك - بفتح السين-: الغِلَظ.

الارتفاع إذا كان منصوبًا في الأرض يعرف قدر ارتفاعه عنها.

الانخفاض إذا كان معلقًا في الهواء يعرف قدر انخفاضه، وهو نزوله أو قربه من الأرض.

قال: «وأن يعلم أن الرمي محاطة، أي: بتشديد الطاء «أو مبادرة أو مناضلة»؛ لأن الغرض يختلف به.

وقيل: إذا أطلق العقد حمل على المبادرة، وهو الأصح في «التهذيب».

قال: فالمحاطة: أن يحط أكثرهما إصابة من عدد الآخر؛ فيفضل له عدد معلوم يتفقان عليه فيفضُلُه[١] به.

تقرير هذا الكلام ما قاله الشيخ محيي الدين النواوي: إن لفظة «من» هاهنا بمعنى «عوض»؛ كما في قوله تعالى: ﴿أَرَضِيتُم بِٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا مِنَ ٱلْآخِرَةِ﴾ [التوبة: ٣٨] أي: بدل الآخرة وعوضها، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ﴾ [البقرة: ١٧٨] أي: بدل أخيه، وقوله تعالى: ﴿وَلَوْ نَشَآءُ لَجَعَلْنَا مِنكُم مَّلَٰٓئِكَةً فِى ٱلْأَرْضِ يَخْلُفُونَ﴾ [الزخرف: ٦٠]: أي بدلكم، ومنه قولهم: عوضت فلانًا من دراهمه ثوبًا،

---

(١) في التنبيه: فينضله.

أي: بدلها، ذكره الأزهري.

ومعنى كلام المصنف: المحاطة: أن يحط، أي: يسقط، أكثرهما إصابة، من إصاباته مثل عدد إصابات الآخر.

مثاله: قالا: يرمي كل واحد عشرين سهمًا، ويضم الإصابات بعضها إلى بعض فمن فضل له خمسة مثلًا فهو ناضل، وليس للثاني أن يكلفه [تمام الرمي؛ لفقد فائدته.

وفيه وجه: أنه يكلفه][1]، كما ستعرف أصله في مسألة المبادرة.

ولو رميا عشرة، فأصاب أحدهما منها ستة، والآخر واحدًا - كان له طلب الرمي؛ لأنه يرجو أن يصيب العشرة الباقية ويحطها صاحبه؛ فتحصل له أحد عشر، ولصاحبه ستة فينضله.

وهكذا لو رميا خمسة عشر، فأصاب أحدهما عشرة، والآخر خمسة - فله طلب الرمي؛ لرجائه أن يرمي الخمسة الباقية فيصيبها ويخطئ صاحبه [فيها][2] فيساويه. وهكذا لو رميا خمسة عشر فأصاب أحدهما أحد عشر، والآخر اثنين - فله طلب الرمي؛ لاحتمال[3] [أن يصيب الباقي فيكمل له سبعة، ويخطئ صاحبه الثاني فلا يكون قد أتى بالمشروط][4]؛ لأن الفاضل حينئذ [يكون أربعة.

وفي «الشامل» حكاية وجه: أن المفضول في هذه الأحوال ليس له طلب الرمي، وأنه][5] يكون منضولًا؛ لأن صاحبه قد ساواه فيما رماه وزاد عليه بالقدر المشروط - وهو خمسة - فشابه المبادرة.

وسلك الرافعي طريقًا آخر فقال: إذا حصل الفضل بالقدر المشروط قبل استكمال الرشق، فهل يستحق [من له الفضل المالَ قبل إتمام الرشق؟ فيه وجهان، أصحهما: المنع. فإن قلنا: لا يستحق][6] المال ما لم يكمل الرشق، فلا بد من إتمامه، وإن قلنا بالاستحقاق، وقلنا: لا حط بعد خلوص العدد المشروط، فهل للآخر أن يكلفه إتمام العمل؟ فيه وجهان يأتيان في المبادرة.

قال: «والمبادرة: أن يشترطا إصابة عشرة من عشرين، فيبدر أحدهما» أي

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في ج.
(٣) في د زيادة: بعد الحط.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.

يسبق «إلى إصابة العشرة» أي: موضع التساوي في الرمي؛ «فينضل صاحبه».

قال بعضهم: وهذه من صور المبادرة، وإنما المبادرة: أن يشترطا إصابة معلومة من الرشق، وأن من بدر منهما إليها مع تساويهما في الرمي كان ناضلًا، وعلى هذا جرى في «المهذب»، وابن الصباغ، وحكى في «الشامل» أن البويطي قال: المبادرة: أن يقوما جميعًا سهميهما، فأيهما وقع سهمه أولًا بدره بالسبق. وقال: الأصح الأول.

فرع: إذا رمى كل واحد منهما عشرة وأصابها فقد تساويا، فلا يكمل الرشق؛ لأن المشروط من الإصابة حصل. وكذا لو أصاب أحدهما العشرة، والآخر تسعة، لكن [في هذه الصورة: الأول ناضل.

وحكى الإمام وجهًا: أن الناضل يلزمه][1] الإتيان ببقية الرمي؛ لينتفع صاحبه بمشاهدة رميه، ويتعلم منه. وقرب هذا الخلاف من الخلاف في الرجوع إلى أجرة المثل عند فساد هذه المعاملة: إن قلنا: لا يرجع بالأجرة، وإنه يعمل لنفسه، واستحقاقه بالشرط - فلا يكلف إتمام العمل. وإن أثبتنا الرجوع بأجرة المثل، فقد قدرنا العمل كالمنافع المستحقة؛ فلا يبعد أن يكلف استكمال العمل بعد الفوز بالمال.

ومقتضى هذا البيان: أن يكون الصحيح وجوب إتمام العمل؛ لأن الصحيح استحقاق أجرة المثل، لكن الصحيح الأول.

ولو أصاب الأول تسعة من العشرة، والثاني ثمانية: فالنضال بحاله؛ فيرميان: فإن رمى الأول سهمًا فأصاب، فقد نضل، وسقط رمي الثاني، على الأصح.

وإن رمى سهمين فأخطأ فيهما، ورمى الثاني سهمين، فأصاب فيهما] - كان هو الناضل؛ لأن الأول أصاب تسعة من اثنين وعشرين، [والثاني أصاب عشرة من اثنين وعشرين][2].

أما إذا ابتدر أحدهما إلى إصابة العشرة من عدد، ولم يستوف الآخر ذلك العدد، وأمكن أن يساويه في تحصيل المشترط: كما إذا رمى أحدهما العشرة وأصاب تسعة، والآخر كذلك، ثم رمى الأول سهمًا وأصاب - فليس بفائز؛ بل يرمي الثاني سهمًا: فإن أصاب فقد استويا، وإن أخطأ فالأول ناضل.

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في د.

قال: **والمناضلة: أن يشترطا إصابة عشرة من عشرين على أن يستوفيا جميعًا**، أي: العشرين، **فيرميان معًا جميع ذلك: فإن أصاب كل واحد منهما العشرة [أو أكثر أو أقل أحرزا سَبَقهما، وإن أصاب أحدهما دون العشرة]**[(١)] **وأصاب الآخر العشرة أو فوقها فقد نضله.**

وقد ذكر الأصحاب نوعًا آخر يسمى الحوابي: وهو أن يشترط إصابة عدد من الرشق، على أن يسقط ما قرب من إصابة أحدهما ما بعد من إصابة الآخر؛ فمن فضل له بعد ذلك من الإصابة ما اتفقا عليه من العدد كان السبق له.

مثاله: إذا رمى أحدهما، فأصاب من الهدف موضعًا بينه وبين الغرض قدر شبر - حسب له، فإذا رمى الآخر فأصاب موضعًا بينه وبين الغرض إصبع حسب له، وأسقط ما رماه الأول، فإن عاد الأول فرمى وأصاب الغرض أسقط ما رماه صاحبه. ولو رمى أحدهما أولًا فأصاب الشن، ورمى الثاني فأصاب الرقعة التي في وسط الشن- قال الرافعي: القياس عندي أنهما سواء؛ لأن [القريب][(٢)] إنما يسقط البعيد إذا كان خارجًا من الشن، أما إذا كان في الشن فلا؛ لأن الشن كله موضع الإصابة.

قال: **وأن يكون البادئ** [منهما][(٣)] **معلومًا**، أي: حالة العقد؛ لأنه لو أطلق من غير شرط لما كان أحدهما بأولى من الآخر، ولا سبيل إلى القرعة؛ لأن هذا العقد موضوع على نشاط[(٤)] القلب وقوة النفس؛ فلو اعتبرت لكان في خروجها لأحدهما كسر قلب الآخر فيسوء رميه.

وقيل: إن شرط ذلك وجب الوفاء [به][(٥)]؛ عملًا بالشرط، «**وإن لم يشرط جاز**»؛ لأن ذلك من توابع العقد، ويمكن تلافيه بما تذهب به التهمة من تراضٍ أو عرف أو قرعة - كما سنذكره - وهذا ما حكاه القاضي الحسين.

قال: «**فإن**[(٦)] **تشاحا أقرع بينهما**»؛ لأن القرعة يرجع إليها في كثير من مواضع المنازعات، وهذا ما اختاره القاضي الطبري، وهو ظاهر نصه في «الأم»، ويدخل المحلِّل إن كان ثَمَّ في هذه القرعة.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: تسليط.
(٥) سقط في التنبيه.
(٦) في التنبيه: وإن.

وقيل: إنه ينزل على عادة الرماة، وهو تفويض الأمر إلى المستبق: فإن أخرج السبق أحدهما فهو أولى بالبداية، وإن أخرجه غيرهما قدم من شاء منهما، وإن أخرجاه جميعًا حُكِّمت القرعة.

وعلى هذا لا يدخل المحلل في القرعة.

وحكى القاضي الحسين: أنه إن كان المخرج للسبق غيرهما، رجع إليه، وإن كان المخرج له أحدهما، فوجهان.

فرع: إذا شرط تقديم واحد، واعتبرنا القرعة، فخرجت لواحد، فيقدم في كل رشق، أو يؤثر بسبب التقديم في السهم الأول خاصة؟ فيه وجهان حكاهما الإمام، والمذكور في تعليق القاضي الحسين: الأول.

ولو صرحوا بتقديم من قدموه في كل رشق اتبع الشرط؛ كما نقله الإمام عن الأصحاب.

وفي الرافعي: أن الشافعي في «الأم» قال: لو شرط أن تكون البداية لأحدهما أبدًا، لم يجز؛ لأن المناضلة مبنية على التساوي.

وقضية هذا: أن يبتدئ الثاني في النوبة الثانية، ويتصل رميه برميه.

وفائدة استحقاق التقديم: أن غيره لو رمى في نوبته لم يحسب له ولا عليه.

قال: «ويرميان سهمًا سهمًا» أي: عند الإطلاق؛ لأنه المتعارف [عند الرماة][(١)]، فإن شرط [أن يرمي أحدهما][(٢)] **بجميع سهامه - حملًا على الشرط** - عَمِلا بمقتضاه. وهكذا لو وقع الشرط على أن يرميا عشرة عشرة، أو خمسة خمسة: اتُّبِعَ.

فرع: يستحب أن يكون الرمي بين غرضين متقابلين: يرمي المتناضلان أو الحزب من عند أحدهما إلى الآخر، ثم يأتيان الثاني، ويلتقطان السهام، ويرميان الأول؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «مَا بَيْنَ الْهَدَفَيْنِ رَوْضَةٌ مِنْ رِيَاضِ الْجَنَّةِ»[(٣)].

---

(١) سقط في جـ.

(٢) في التنبيه: أحدهما أن يرمي.

(٣) قال الحافظ في تلخيص الحبير (٤/ ٣٠٢) لم أجده هكذا إلا عند صاحب مسند الفردوس من جهة ابن أبي الدنيا بإسناده عن مكحول عن أبي هريرة رفعه: تعلموا الرمي فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة. وإسناده ضعيف مع انقطاعه.

قال: وأن تكون صفة الرمي معلومة من القرع والخزق والخسق والمرق والخرم؛ لأن الغرض يختلف [بذلك][1]، قال النواوي وغيره: كان الأولى أن يقول: صفة الإصابة؛ لأن ما ذكره صفتها، لا صفة الرمي، لكنه من توابع الرمي ومتعلّقاته؛ فأطلق عليه اسمه مجازًا.

قال: «فالقرع» أي: بفتح القاف وإسكان الراء «هو إصابة الشن»، [أي][2]: من غير تأثير فيه، واشتق من قرع الباب.

والشن - بشين معجمة ونون مشددة-: الجلد البالى الذي أتى عليه سنون، وجمعه: شِنان؛ ككلب وكلاب، والقرطاس للعجم كالشن للعرب، وقد سمى المحاملي السهام التي يحصل بها القرع: الخواصر، بخاء معجمة وصاد غير معجمة.

وقال ابن الصباغ: الخواصر: ما كانت في جوانب الغرض، ومنه قيل: الخاصرة؛ لأنها من جانبي الإنسان، ويقال: حاز السهم بهذا المعنى، وجاز: إذا وقع وراء الهدف.

قال: «والخزق» أي: بفتح الخاء المعجمة وإسكان الزاي: «أن يخدش الشن» أي: بكسر الدال «ولا يثبت فيه، والخسق»: أي بفتح الخاء المعجمة وإسكان السين المهملة وقاف «أن يثبت فيه» أي: بعد أن يثقبه.

قال: «والمرق» أي: بفتح الميم وإسكان الراء «أن ينفذ فيه»، قال صاحب «رفع التمويه»: واشتقاقه من المروق، وهو: الخروج من الشيء، وإنما يتصور ذلك إذا كان الشن معلقًا، واعتبر ابن الصباغ في هذه التسمية أن يقع من الجانب الآخر.

قال: «والخرم» أي: بفتح الخاء المعجمة وإسكان الراء «أن يقطع طرف الشن، ويكون بعض النصل في الشن وبعضه خارجًا منه»، وقد أضاف بعضهم إلى صور الكتاب صورة أخرى، وهي: الخرق - براء غير معجمة - وفسرها بأن يثقب الشن فقط.

وعد ابن الصباغ من صفة الرمي: الحوابي، وهو ما وقع بين يدي الغرض، ثم حَبَى إليه؛ ومنه يقال: حبا الصغير. والخواصل - وهو كما قال الأزهري-: ما

---

(١) سقط في ج. (٢) سقط في ج.

أصاب القرطاس؛ يقال: أخصلت مناضلي، أخصله خصلًا.

قال: «**فيحملان على ما شرطا**» عملًا بالشرط، قال في «المهذب»: فإن أطلق العقد حمل على القرع؛ لأنه المتعارف، وقضية ذلك: أن يكون التعيين ليس بشرط؛ إذ لو كان شرطًا لما صح عند الإطلاق، وقضية كلامه هنا: أن التعيين شرط، وكما دل عليه كلام ابن الصباغ بعد قوله: إن كيفية الإصابة منقسمة إلى حوابِي وخواصر وخوازق وخواسق وخواصل، وللإصابات أسماء غير هذه، ولكنها ليست من شرائط المناضلة، وقد صرح في «التهذيب» بالاشتراط بقوله: ويشترط في المناضلة بيان ستة أشياء، وعد منها صفة الإصابة، لكنه ذكر بعد ذلك مثل ما ذكره الشيخ في «المهذب».

فرع: لو شرطا قرع عشرة من عشرين، وأن يحسب خاسق كل واحد منهما بقارعين - جاز، فإن أصاب أحدهما تسعة قرعًا، وأصاب الآخر قارعين وأربعة خواسق - فقد نضله؛ لأنه استكمل العشرة بالخواسق.

قال في التهذيب: [وقيل:][1] هذا لا يجوز.

واعلم أنه لا يجوز أن يتفاضلا في عدد الإصابة ولا في عدد الرشق، ولا في صفة الإصابة، ولا في محل الإصابة، ولا يحسب قرع أحدهما خسقًا ولا أن يكون في يد أحدهما [من السهام][2] أكثر مما في يد الآخر في حال الرمي، ولا أن يرمي أحدهما والشمس في وجهه، ولا أن يشترط تقدم أحدهما في الموقف؛ لأن القصد أن يعرف حذقهما، وذلك لا يعرف مع الاختلاف؛ فإذا شرط شيئًا من ذلك بطل العقد.

ولو قدم أحد الراميين قَدَمَهُ عمدًا عند الرمي فلا بأس. وكذا يغتفر وقوف الرماة صفًّا، ويرمي كل واحد منهم من موضعه، وإن كان الواقف في الوسط أقرب إلى الهدف من غيره. ولو تقدم الرامي الثاني عن الأول بخطوة أو خطوتين أو ثلاث، فإن كان ذلك عادة الرماة ففيه وجهان، ووجه الجواز: أن ذلك في مقابلة قوة النفس الأول بالبداية، فإن لم تكن عادة مطردة وجبت رعاية المساواة.

قال: وإن[3] **شرطا إصابة حوالي الشن، فأصاب الشن أو بعيدًا منه - لم**

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في التنبيه: فإن.

يحسب له؛ لأنه لم يأت بالمشروط. ولو كان الشرط إصابة الغرض، فأصاب الشن أو الجريد[١] الذي يداور الشن، أو العرى وهي السير الذي يشد به الشن على الجريد[٢] حسب له؛ لأن ذلك كله من الغرض.

وإن [شرطا] إصابة العلاقة التي يعلق بها الغرض في الهواء؛ فقولان.

ولو شرط إصابة الشن، فأصاب العلاقة أو السير الذي يشد به، لم يحسب.

قال: «وإن شرطا الخسق، وفي الغرض حصاة منعت من الخسق، أي: بتواقف المتراميين، فخرق[٣] **السهم وسقط - حسب له خاسقًا**؛ لأن الغرض إصابة الغرض وقد حصل».

وفي «الرافعي»: أن بعضهم أجرى في ذلك قولين.

فإن قلنا: لا يحسب له، فلا يحسب عليه، ويجعل كالعوارض المانعة [التي][٤] نذكرها.

ولو ادعى الرامي أن الحصاة منعت من الخسق، وهي موجودة في موضع الإصابة، [وأمكن الرسيل - فوجهان فيمن القول قوله. ولو لم يكن في موضع الإصابة][٥] فالقول قول الرسيل بلا يمين. ولو لم يعرف موضع الإصابة، فإن كانت الحصاة موجودة فالقول قول الرسيل مع اليمين، وإذا حلف لم يحسب له، وهل يحسب عليه؟ فيه وجهان، أظهرهما: لا. وإن لم يكن ثم حصاة [فالقول قول الرسيل بلا يمين، وحسب على الرامي، أما إذا لم يكن ثم حصاة][٦] وقد خرق السهم وسقط ولم يثبت، ففيه طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين، أظهرهما: أنه خسق.

والطريق الثاني: القطع به، وهو الذي نص عليه في «المختصر»، والقول الآخر حكاه عن غيره، وهذا ما اختاره القاضي ابن كج والروياني وغيرهما؛ لأنه قد حصل الخسق، والمرق بعده يدل على زيادة القوة، ولو ثبت ثم سقط حسب له؛ كما لو ثبت ثم نزعه إنسان. ولو لم يثبت، ولكنه ثقب الموضع بحيث يصلح لثبوت السهم - ففيه قولان في «المهذب» وغيره:

---

(١) في ج: الحديد.
(٢) في ج: الحديد.
(٣) في التنبيه: فخزق.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ج.

أظهرهما عند الشيخ أبي حامد والإمام: أنه يحسب له خاسقًا، وفي موضع القولين طرق:

أحدها: أن الخلاف فيما إذا كان خرم النصل خارجًا، أما إذا أخذ الغرض خرم النصل كله فقد حصل الخزق بلا خلاف.

[والثاني: أنه إن كان بعضه خارجًا لم يحسب خاسقًا بلا خلاف][(١)].

ومحل القولين ما إذا بقيت جليدة تحيط بالنصل، ذكره في «المهذب».

والثالث: إن أبان من الطرف قطعة لو لم يُبِنْها لكان الغرض محيطًا بالنصل، فهو خاسق قولًا واحدًا، والقولان فيما إذا خرم الطرف لا على هذا الوجه.

والرابع: أنه إذا خرم الطرف لم يكن خاسقًا بلا خلاف، وإنما الخلاف فيما إذا خرم شيئًا من الوسط وثبت مكانه، وهذا أبعدها.

[وعن القفال][(٢)]: أنه لو كان بين النصل وبين الطرف شيء، لكنه تشقق وانخرم ليبوسةٍ كانت في الشن أو غيرها فهو خاسق، ولو فرض ما ذكرناه من إصابة الطرف، والمشروط القرع أو الإصابة دون الخسق ففيه طريقان:

أحدهما: طرد القولين، وبه قال ابن القطان.

قال: «وإن انقطع الوتر أو انكسر القوس» أي: قبل خروج السهم، لا بتقصيره وسوء رميه «أو استغرق في المد فسقط» أي السهم مثل أن بالغ في نزع القوس حتى وصل النصل إلى القبضة؛ فخرج السهم من يده بغير اختياره.

قال: «**أو عرضت [ريح]**[(٣)] **في يده**[(٤)] **أو هبت ريح شديدة، فرمى فأخطأ - لم يحسب عليه**»؛ إحالة للخطأ على السبب العارض، وقيل: يحسب عليه في صورة الأعلاق؛ لأنه منسوب لتقصيره كما لو انكسر القوس أو انقطع الوتر بتقصيره وسوء رميه؛ فإنه يحسب عليه، وحكى الإمام وجهًا: أن السهم عند هذه العوارض إن وقع قريبًا من الغرض حسبت الرمية عليه؛ لأنه قد وقع في حد غير بعيد عن الإصابة؛ فكأن النكبة لم تؤثر، ونسبه إلى أبي إسحاق، وخصص الأكثرون هذا الوجه بما إذا وقع السهم مجاوزًا للغرض، وجعلوا المجاوزة مشعرة بأن النكبة لم تؤثر، أما إذا حصل انقطاع الوتر وانكسار القوس بعد خروج

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) زاد في التنبيه: ريح.

السهم فلا أثر له، صرح [به][1] ابن كج.

قال: «وإن هبت ريح شديدة» أي: بحيث لم يكن له فيها حيلة، فرمى «فأصاب - لم يحسب له»؛ لأنه لم يكن بجودة رميه.

وفي «الرافعي» و«الحلية» حكاية وجه فيه؛ أخذًا مما سنذكره فيما إذا أصاب السهم الأرض فازدلف، ونفى الشيخ في «المهذب» الخلاف فيه، وفرق بينه وبين الازدلاف: بأن[2] ذلك قد حصل بحدة رميه، ومع الريح العاصفة لا يعلم أنه أصاب برميه، وحكى الماوردي الوجهين في كتاب السرقة كالوجهين فيما إذا نقب ووضع المتاع في النقب، فهبت الريح فأخرجته، وجزم بأنه لو رمى في وقت هبوب الريح، فأعانته، فأصاب - حسب له؛ كما لو وضع المتاع في وقت هبوب الريح في النقب، فأخرجه: يقطع.

ولو كانت الريح لينة فلا أثر لها، حتى لو رمى رميًا ضعيفًا، فقوَّتْه وأصاب - حسب له. وإن صرفت السهم بعض الصرف فأخطأ حسبت عليه؛ لأن الجو لا يخلو عن الريح الخفيفة غالبًا. وفيها وجه: أنها تمنع الاحتساب له وعليه.

وإن أصاب مع باقي الأعذار التي ذكرناها، وقلنا: لا تحسب عليه لو أخطأ - قال في المهذب: تحسب له؛ لأنه أدل على رميه.

وحكى ابن الصباغ فيه وجهين، أصحهما في الرافعي: الأول.

فرع: إذا انكسر السهم بعد خروجه من القوس نصفين، فأصاب بأحد النصفين، فهل يحسب له؟ فيه الوجهان، فإن فرعنا على الأصح فبأيِّ النصفين الاعتداد؟ فيه وجهان:

أحدهما: بالذي فيه النصل، فإن أصاب حسب له، وإلا فلا؛ كما لو أصاب بالأسفل من غير كسر السهم.

والثاني: بالذي فيه الفُوقُ[3] ولا عبرة بالآخر.

وهذا ما أجاب به[4] في «التهذيب»، والأول هو المنصوص، وبه أجاب العراقيون.

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ يقتضي: أن الرمي إذا وجد بغير هبوب الريح

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: أن.
(٣) في جـ: الفتوى.
(٤) في جـ: فيه.

الشديدة، وترتب عليها الخطأ أو الإصابة، لا يحسب ذلك، وهو ما حُكي عن أبي الطيب بن سلمة والعراقيين، وهو الأظهر في «الرافعي»؛ لقوة تأثيرها، ومن طريق الأولى إذا عرضت بعد إرسال السهم.

وفي الحالة الأولى وجه هو ظاهر النص، وبه أجاب الإمام: أنه يحسب؛ لأن ابتداء الرمي والريحُ تهب عاصفة - تقصير، وأيضًا: فللرماة حذق ونظر في الرمي وقت هبوب الريح؛ ليصيبوا، فإذا أخطأ فقد ترك ذلك النظر، وظهر سوء رميه.

فلو ظهر هبوبها بعد خروج السهم من القوس فقضية[١] الترتيب أن يقال: إن جعلنا اقترانها مؤثرًا فطروءها[٢] أولى، وإلا فوجهان:

أحدهما: أنه كالنكبات العارضة.

والثاني: المنع؛ لأن الجو لا يخلو عن الريح، ولو فتح هذا الباب لطال النزاع.

قال: «وإن انتقل الغرض بالريح فأصاب موضعه، والشرط هو القرع حسب له»؛ لأنه لو كان الغرض مكانه لقرعه.

وقيل: لا يحسب له ولا عليه، وقد نسب هذا إلى ابن القاص، فلو أصاب الغرض لم يحسب له وحسب عليه.

قال: وإن كان الشرط هو الخسق، فثبت السهم، والموضع في صلابة الغرض [أي: بأن كان من الخشب أو الآجر أو الطين اليابس حسب له؛ لأنه لو كان الغرض مكانه لخسقه. وعن «الحاوي»، حكاية وجه: أنه لا يحسب له ولا عليه. ولو كان الموضع دون صلابة الغرض][٣] كما إذا كان ترابًا أو طينًا لينًا؛ فلا يحسب له ولا عليه؛ لأنه لا يدري هل كان يثبت لو أراد موضعًا [أم لا][٤]؟

قال: وإن أصاب السهم الأرض [فازدلف][٥]، أي: انتقل ووثب، وفي رفع التمويه أنه يقال: ازدلف الرجل، أي: تقدم، والأفصح[٦] أن يقال : زلف.

قال: «وأصاب الغرض، حسب له في أحد القولين» وهو الأصح عند العراقيين؛ لأنه أصاب الغرض بالنزعة التي أرسل بها، وما عرض دونه كشيء

(١) في جـ : وقضية.
(٢) في جـ: فنجومها.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: صحيحًا.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: فصح.

هتكه، ثم أصاب، وكما لو صرف الريح اللينة[(١)] السهم فأصاب.

«**ولم يحسب له ولا عليه في القول الآخر**؛ للشك. وهذا أصح عند الإمام، [والخلاف المذكور يجري فيما لو أصاب السهم شجرة أو حائطًا ثم أصاب الغرض.

ووجه المنع: أصح عند الإمام][(٢)] - أيضًا - لكنه فرض المسألة فيما إذا كانت الشجرة مائلة عن قبالة الغرض، ثم ردته الصدمة إلى الغرض.

وقال أبو إسحاق: يحتمل أن يكون الجواب على اختلاف حالين: فإن كانت الأرض أعانته لم يحسب له، وإن لم تُعِنْه حسب له. أما لو ازدلف فأخطأ فهل يحسب عليه؟ فيه وجهان - أظهرهما وبه أجاب الشيخ أبو محمد-: نعم.

ولو ارتفع السهم في الهواء، ثم خطف نازلًا، فأخطأ - حسب عليه، وإن أصاب فهل يحسب له؟ فيه وجهان، أحدهما: لا[(٣)]، فعلى هذا: هل[(٤)] يحسب عليه من خطئه؟ فيه وجهان، [وهذا السهم يقال له: سهم خاطف][(٥)].

قال: «**وإن شرطا[(٦)] الرمي [عن القسي][(٧)] العربية أو الفارسية، أو أحدهما يرمي [عن العربية][(٨)]، والآخر [عن الفارسية][(٩)] - حُمِلا عليه**»؛ عملًا بمقتضى الشرط.

وكذا لو شرط أن يرمي أحدهما بالنبل والآخر بالنشاب[(١٠)].

---

(١) في جـ: إليه.

(٢) سقط في جـ.

(٣) في د: نعم.

(٤) في جـ: فهل.

(٥) سقط في جـ.

(٦) هكذا في التنبيه، وفي النسخة: شرط.

(٧) في التنبيه: بالقسى.

(٨) في التنبيه: بالعربية.

(٩) في التنبيه: بالفارسية.

(١٠) قوله نقلًا عن الشيخ: قال: وإن شرط الرمى عن القسى العربية أو الفارسية، أو أحدهما يرمي عن العربية، والآخر عن الفارسية حملًا عليه عملًا بمقتضى الشرط، وكذا لو شرط أن يرمي أحدهما بالنبل والآخر بالنشاب. انتهى كلامه.
وما ذكره -رحمه الله- من المغايرة بين الرمي بالقسي العربية والفارسية، وبين الرمي بالنبل والنشاب غلط؛ فإن النبل ما يرمى به عن القوس العربية، والنشاب ما يرمى به عن القوس الفارسية. كذا صرح به المصنف في باب الوصية من هذا الكتاب فقال: ثم قوس الرمي يطلق على قوس النبل، وهو قوس العرب، وعلى قوس النشاب وهو الذي يرمي بالسهام، وعلى قوس الحسبان وهو الذي يرمي بالسهام أيضًا، لكن سهامه صغار لا يراها الإنسان حتى تقع فيه، وهما للعجم، هذه لفظه، وصرح به أيضًا الأزهري في شرحه لألفاظ مختصر المزني، فقال: والنشاب: السهم الذي يرمي عن القسي الفارسية، والنبال التي يُرمى بها عن العربية، هذا لفظ الأزهري بحروفه ومن كتابه نقلت. [أ و].

وعن رواية صاحب «التقريب» وجه: أنه لا تجوز المناضلة على النبل والنشاب، وأنهما ينزلان منزلة الخيل والبغال، وإلى هذا مال ابن كج. ولو شرطا أن يرمي أحدهما بالسهام، والآخر بالمزاريق أو الحراب إذا جوزنا المناضلة عليهما - فهل يجوز ويتعين الشرط أو لا يجوز؟ فيه وجهان كالوجهين في المسابقة على الخيل والإبل، وهذه الصورة أولى بالجواز؛ لأن التعويل في المسابقة على المركوب، والتعويل في الرمي على الرامي؛ فإنه لا عمل لآلته، ومع هذا فالجواب[(١)] في «المهذب»: المنع.

قال: وإن[(٢)] **أطلقا العقد حُمِلا على نوع واحد** أي: المتعارف في ذلك الموضع؛ لأن العرف يحكم عند الإطلاق كما في النقود المختلفة.

وعن ابن القاص بأنه لا يصح مع الإطلاق؛ لأن الأغراض متفاوتة، والإصابة في الأنواع والحذق في استعمالها [يختلف][(٣)]؛ فلا بد من البيان.

وعلى الأول - وهو الأظهر، وبه أجاب الأكثرون-: لو لم يكن عرفٌ بطل العقد؛ إذ لا مرجح.

وقيل: يصح، ويستويان بالتراضي في القوس إما العربية أو العجمية، فلو تراضيا على أن يرمي أحدهما بالعجمية والآخر بالعربية ففي «التهذيب» ما يدل على الجواز، وهذا هو قياس الابتداء.

ولو اختار أحدهما نوعًا، وقال الآخر: [بل][(٤)] نرمي بنوع آخر - ففي «الحاوي»: أنهما إن أصرا على النزاع [صح][(٥)] الفسخ.

وفي «الوسيط» بناء الأمر على أن عقد المناضلة جائز أو لازم؟ إن قلنا: جائز، فهو رجوع، وإن قلنا: لازم، فقد تعذر إمضاء العقد؛ فينفسخ.

والذي ذكره الإمام: أنا إذا قلنا بالجواز انفسخ، وإن قلنا باللزوم؛ فالوجه أن يحكم أن الإطلاق مفسد؛ لإفضائه[(٦)] إلى النزاع المذكور، وتعذر الفصل.

قال: «وإن تلف القوس أبدلت[(٧)]، أي: بقوس من نوعها؛ لأن المقصود حذق

---

(١) في جـ: والجواب.
(٢) في التنبيه: فإن.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: لاتصائه.
(٧) في التنبيه: أبدل.

الرامي، وهو حاصل مع ذلك.

قال النواوي: كذا ضبطناه عن نسخة المصنف بحذف التاء [من][1] «تلف»، وهو جائز، وبإثباتها في «أبدلت»، وهو لازم إذا أَنَّثْنا «القوس» وهو المشهور.

ولا يجوز أن يبدلها[2] بأعلى منها[3]، وهل يجوز أن يبدلها[4] بما هو دونها، كما إذا أبدل العربي بالفارسي؟ [فيه][5] وجهان، أظهرهما: المنع إلا برضا الشريك؛ لأنه ربما كان استعماله لأحد النوعين أكثر، ورميه به أجود.

فرع: لو عينا قوسًا أو سهمًا من نوع لم يتعين، وجاز إبداله بمثله من ذلك النوع، سواء حدث فيه خلل أم لا، بخلاف الفرس[6]. ولو شرط ألا يبدل ففيه ثلاثة أوجه حكاها في «الحلية» كالأوجه فيما إذا اكترى دابة وشرط ألا يركبها غيره:

أظهرها: فساد الشرط والعقد.

وثانيها[7]: فساد الشرط خاصة.

وثالثها: صحتها.

ويجب الوفاء بالشرط ما[8] لم ينكسر المعين وأمكن استعماله، فإذا انكسر جاز الإبدال للضرورة، فإن شرط ألا يبدل وإن انكسر فلا يحتمل هذه المبالغة؛ فيفسد العقد.

قال: وإن مات الرامي بطل العقد؛ لأنه تعذر المقصود منه فشابه فوات المبيع قبل القبض، وهكذا الحكم فيما لو ذهبت يده.

قال: «وإن عرض عذر» أي: يمنع الرمي، من مطر أو ريح أو ليل - جاز قطع الرمي أي تأخيره؛ لقيام العذر.

والله - تعالى - أعلم.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: يبدلهما.
(٣) في جـ: منهما.
(٤) في جـ: يبدلهما.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: القوس.
(٧) في جـ: والثاني.
(٨) في جـ: أما.

باب إحياء الموات وتملك المباحات

الموات، والموتان - بفتح الميم والواو - والميت، والميتة: الأرض الميتة التي لم تعمر قط، ويطلق الميت والميتة على الأرض التي لم تمطر ولم يصبها ماء. والموتان جمع «موات».

قال الأزهري وغيره: كل شيء من مباح الأرض لا روح فيه يقال له: موتان الأرض، وما فيه روح: حيوان.

والموتان - بضم الميم وإسكان الواو-: الموت الذريع الذي يقع في الناس والبهائم، حكاه القاضي الحسين في «تعليقه» وأبو الطيب، وقيده الجوهري بالذى يقع في الماشية.

وبفتح الميم وإسكان الواو: عمى القلب، يقال: رجل موتان القلب، [وامرأة موتانة القلب][1]: إذا لم يفهما، حكاه الجوهري والزبيدي في «مختصر العين».

وعن الخطابي: أن هذه لغة في «موتان الأرض»[2].

والأصل في هذا الباب: ما روى النسائي عن سعيد بن زيد عن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[3]، وخرجه - أيضًا -

---

(١) سقط في ج.

(٢) أما اصطلاحًا فعند الشافعية الموات هي الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد.
ينظر: الإقناع (٢/ ٣٥٦).

(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ١٩٤) كتاب الخراج، باب: في إحياء الموات، برقم (٣٠٧٣)، والترمذي (٣/ ٦٦٢) كتاب الأحكام، باب: ما ذكر في إحياء أرض الموات، برقم (١٣٧٨)، والنسائي في السنن الكبرى (٣/ ٤٠٥) كتاب إحياء الموات، باب: من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد، برقم (٥٧٦١)، من حديث سعيد بن زيد رضي الله عنه، قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وأخرجه مالك (٢/ ٧٤٣) كتاب: الأقضية، باب: القضاء في عمارة الموات، حديث (٢٦) عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً.
قال ابن عبد البر في التمهيد (٢٢/ ٢٨٠): وهذا الحديث مرسل عند جميع، الرواة عن مالك لا يختلفون في ذلك، واختلف فيه على هشام فروته عنه طائفة عن أبيه مرسلاً - كما رواه مالك =

الترمذي، وقال: حديث حسن غريب.

= وهو أصح ما قيل فيه إن شاء الله - ورونه طائفة عن هشام عن أبيه عن سعيد ابن زيد، وروته طائفة عن هشام عن وهب بن كيسان عن جابر، وروته طائفة عن هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر، وبعضهم يقول فيه: عن هشام عن عبيد الله بن أبي رافع عن جابر، وفيه اختلاف كثير... ا هـ.
وقد روى هذا الحديث مرسلاً أيضًا أبو عبيد القاسم بن سلام في الأموال (ص - ٢٦٤) رقم (٧٠٤) من طريق سعيد بن عبد الرحمن الجمحي وأبي معاوية كلاهما عن هشام بن عروة به.
وأخرجه مرسلاً أيضًا البيهقي (٦/ ١٤٢) كتاب: إحياء الموات، باب: من أحيا أرضًا ميتة، من طريق سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة به.
فاتفق هنا مالك وسفيان بن عيينة وأبو معاوية وسعيد بن عبد الرحمن الجمحي في رواية هذا الحديث عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً.
وقد توبع هشام بن عروة أيضًا في روايته لهذا الحديث، تابعه أخوه يحيى بن عروة عن أبيه مرسلاً: أخرجه أبو عبيد في الأموال (ص - ٢٦٤ - ٢٦٥) رقم (٧٠٧)، والبيهقي (٦/ ١٤٢) من طريق محمد بن اسحاق عن يحيى بن عروة به.
وقد خالف هؤلاء كلهم إسماعيل بن أبي أويس وابن الأجلح.
أما مخالفة إسماعيل بن أبي أويس:
فقد أخرجها أبو يعلى كما في نصب الراية (٤/ ٢٨٨) قال: حدثنا زهير، ثنا إسماعيل بن أبي أويس، حدثني أبي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق».
وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ١٦٠ - ١٦١) وقال: رواه كله الطبراني في الأوسط بإسنادين في أحدهما عصام بن داود بن الجراح، قال الذهبي: لينه أبو أحمد الحاكم، وبقية رجاله ثقات، وفي إسناد الآخر راو كذاب. ا هـ.
أما مخالفة ابن الأجلح:
فقد أخرجها القضاعي في مسند الشهاب (٢/ ٢٠٣) رقم (١١٨٧) من طريق يحيى بن المنذر: ثنا ابن الأجلح عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة به.
وقد توبع هشام على هذا الحديث أيضًا، تابعه الزهرى عن عروة عن عائشة به:
أخرجه أبو داود الطيالسي (١٣٩٥)، والدارقطني (٤/ ٢١٧) كتاب: الأقضية: رقم (٥٠)، والبيهقي (٦/ ١٤٢) كتاب: إحياء الموات، باب: من أحيا أرضًا ميتة، وابن عبد البر في التمهيد (٢٢/ ٢٨٣) كلهم من طريق زمعة بن صالح عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمن أحيا من موات الأرض شيئًا فهو له، وليس لعرق ظالم حق».
وزمعة بن صالح:
قال البخاري في التاريخ الكبير (٣/ ١٥٠٥): يخالف في حديثه، تركه ابن مهدى أخيرًا.
وقال في «علل الترمذي» (ص - ١٥٨): هو منكر الحديث كثير الغلط.
وقال الترمذي في «السنن» (٣٧٨٤): ضعفه بعض أهل الحديث من قبل حفظه.
وقال النسائي في الضعفاء والمتروكين (٢٢٠): ليس بالقوي، مكي كثير الغلط عن الزهرى.
والحديث ذكره ابن أبي حاتم في العلل ١٠/ ٤٧٤) رقم (١٤٢٢) وقال: سألت أبي عن حديث رواه =

وروى أبو داود عن عروة بن الزبير مثله.

قال القاضي أبو الطيب: وربما ذكر «العرق» مضافًا إلى «الظالم» [وليس كذلك][١]، وإنما «العرق» منوَّن القاف، و«الظالم» صفة له، و«العرق» قال الشافعي: هو كل ما وضع في الأرض للنبات.

قال في البحر: والعروق أربعة: عرقان ظاهران، [وهما البناء والغراس][٢]، وعرقان باطنان، وهما البئر والنهر.

وروى أبو داود عن عروة - أيضًا - قال: «أَشْهَدُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنَّ الْأَرْضَ أَرْضُ اللَّهِ وَالْعِبَادَ عِبَادُ اللَّهِ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا. جَاءَنَا بِهَذَا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: الَّذِينَ جَاءُوا بِالصَّلَوَاتِ عَنْهُ»[٣].

ولأن ما لم يَجْرِ عليه ملك نوعان: أرض وحيوان، فلما ملك الحيوان إذا ظهر عليه بالاصطياد، ملك موات الأرض إذا ظهر عليه بالإحياء.

قال الإمام: وقد أجمع المسلمون على جواز ذلك في الجملة، وإن اختلفوا في التفاصيل.

قال: «من جاز أن يملك الأموال» أي: من مكلف وغيره «جاز أن يملك الموات بالإحياء»؛ لأنه يملك بفعل فجاز من كل من يملك المال كالاصطياد، ولا فرق في ذلك بين [أن][٤] يأذن الإمام فيه أو لا؛ اكتفاء بإذن رسول الله ﷺ.

والأسباب المملِّكة للمال ثمانية: الميراث، والمعاوضات، والهبات، والوصايا، والوقف، والصدقات، والغنيمة، والإحياء[٥]. والملك به مستحب عند علمائنا كما

= أبو داود عن زمعة عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «العباد عباد الله، والبلاء بلاد الله، من أحيا من موات الأرض شيئًا فهو له، وليس لعرق ظالم حق». قال أبى: هذا حديث منكر، إنمايرويه من غير حديث الزهرى عن عروة مرسلاً. ا هـ.

وقال ابن عبد البر في التمهيد (٢٢/ ٢٨٣): هذا الاختلاف على عروة يدل على أن الصحيح في رسناد هذا الحديث عنه الإرسال كما روى مالك ومن تابعه. ا هـ.

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في جـ.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٠٧٦) في الموضع السابق.

(٤) سقط في جـ.

(٥) قوله: وللأسباب المملكة للمال ثمانية: الميراث، والمعاوضات، والهبات، والوصايا، والوقف، والصدقات، والغنيمة، والإحياء. انتهى كلامه.

وما ذكره من الحصر في هذه الثمانية باطل، فإنه يخرج عنه أشياء. =

قاله الشيخ في «المهذب» وغيره؛ لقوله - عليه السلام-: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً [فَلَهُ][(١)] أَجْرٌ، وَمَا أَكَلَتِ الْعَوَافِي فَهُوَ لَهُ صَدَقَةٌ»[(٢)].

والعوافي: الوحش والطير والسباع، مأخوذ من قولهم: عفوتُ فلانًا أعفوه: إذا أتيتَهُ تطلب معروفه، وكل طالب رزقًا من إنسان [وغيره][(٣)] فهو عافية، وجمعه: عوافي.

واحترز الشيخ بقوله: «من جاز أن يملك الأموال» عن العبد؛ فإنه ليس بأهل لملك الأموال على الجديد، فإذا أحيا شيئًا كان ملكًا لسيده وإن لم يأذن فيه، كما إذا احتطبه واصطاده.

قال: «ولا يجوز للكافر» [أي][(٤)]: الذمي «أن يتملك[(٥)] **بالإحياء في دار الإسلام**»؛ لما روى الشافعي عن سفيان عن طاوس عن النبي ﷺ أنه قال: «...عَادِيُّ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي»[(٦)] يريد: ديار عاد وثمود ومن تقدم من الأمم، والياء في «عادي» مشددة. وروي: «مَوَتَانُ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي»[(٧)]، فواجه المسلمين بخطابه، وأضاف ملك الموات إليهم؛ فدل على اختصاص الحكم بهم، ويدل عليه أنه جاء في رواية حكاها البغوي في

= منها: الاصطياد، ووقوع الثلج ونحوه في المكان الذي أعده لذلك، وانقلاب الخل خمرًا، والبيضة المذرة فرخًا، ودباغ الجلد، واللعان، والطلاق، والفسوخ كفسخ البيع والنكاح وغيرهما بالعيب، والإفلاس، وخلف الشرط، وتأخير تسليم المعقود عليه، وغير ذلك.
ومنها: النذر؛ كقوله: لله عليَّ أن أتصدق بهذا الدرهم على زيد، أو على فقراء هذه البلد.
ومنها: حولان الحول على المال الزكوي، والفقراء محصورون أو غير محصورين.
ومنها: الهدايا، فإنها غير الهبة في اصطلاح الفقهاء، فإن أجاب بأنها داخلة في الهبة على ما قالوه في كتاب الأيمان فإنهم قالوا هناك: الهبة تمليك في الحياة بلا عوض، فكان يلزمه ألا يعد الصدقة. [أ و].

(١) سقط في جـ.
(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٣٠٤)، والنسائي (٣/ ٤٠٤) كتاب إحياء الموات، باب: الحث على إحياء الموات، برقم (٥٧٥٦)، وابن حبان (١١/ ٦١٦) برقم (٥٢٠٥) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنها.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في التنبيه: يملك.
(٦) أخرجه الشافعي في الأم (٤/ ٤٥) وهو مرسل.
(٧) أخرجه البيهقي (٦/ ١٤٣) مرسلًا، ورواه موصول من حديث ابن عباس وقال الحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ١٣٨) تفرد به معاوية متصلًا وهو مما أنكر عليه.

«التهذيب» والإمام: «ثم هي لكم مني أيها المسلمون».

ولأن من لم يقرَّ في دار الإسلام إلا بجزية لا يملك بالإحياء، كالمعاهد، ولأنه نوع تمليك ينافيه كفر الحربي؛ فوجب أن ينافيه كفر الذمي؛ كالإرث من مسلم.

وما تمسك به أبو حنيفة في جواز إحياء الذمي من عموم قوله - عليه السلام- : «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ...»، والقياس على الاحتطاب - فمدفوع؛ لأن الخبر وارد في بيان ما يقع به الملك.

وقوله: فـ «هِيَ لَكُمْ مِنِّي» وارد في بيان من يقع له الملك؛ فصار المفسر في كل واحد منهما فيما قصد له قاضيًا على صاحبه؛ فصار الخبر في التقدير: من أحيا أرضًا ميتة من المسلمين فهي له.

والقياس منتقض بالغنيمة، ثم لو سلم من النقض فالفرق: أن الحطب والحشيش يستخلف فلا يتضرر المسلمون بأخذه، بخلاف الموات، وهذا هو المذهب.

وقيل: إذا أحيا بإذن الإمام ملك، و[به][1] قال الأستاذ أبو طاهر: ثم على الأول: إذا أحيا وكان له عين مال كان له نقله، فإن بقي أثر العمارة: فإن أحيا مُحْيٍ بإذن الإمام ملكه، وإن لم يأذن فوجهان.

فإن ترك العمارة متبرعًا تولى الإمام أخذها وصرفها إلى مصالح المسلمين، ولا يجوز لأحد تملكها.

قال: «ويُمْلك في دار الشرك»؛ لأنه من حقوق دارهم، ولا [ضرر][2] على المسلمين فيه؛ فملكوه بالإحياء كما تملكوا الصيد بالاصطياد، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المسلمون قد فتحوا ذلك أم لا إذا لم يكونوا قد ذبوا عن الموات، كما صرح به الإمام؛ لأنه ليس من بلاد الإسلام حتى يمتنع إحياؤه عليهم، أما إذا كانوا قد ذبوا عنه بالقتال فسنذكره.

قال: «وكل موات لم يجر عليه أثر ملك ولم يتعلق بمصلحة عامر» أي: لحريم الملك ونحوه، كما سنذكره - «جاز تملكه بالإحياء»؛ لما ذكرناه.

قال الإمام: ولا يشترط في ذلك العلم والدرك الحقيقي، بل يكفي ألا يرى

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.

على ذلك أثر عمارة، ولا يراه من حقوقِ موضعٍ عليه أثر عمارة، ولا يعلم أنه كان عامرًا بسبب من الأسباب.

قال: «**وما جرى عليه أثر ملك**» أي: وكان خرابة بعد الإسلام «**ولا يعرف له مالك: فإن كان في دار الإسلام لم يملك بالإحياء**»؛ لما روى البخاري عن عائشة عن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا مَيِّتَةً لَيْسَتْ لأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا»[1]، فشرط ألا تكون لأحد، وهذه إما لوارث أو لبيت المال، ولقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[2]، وهذا مال امرئ مسلم في الظاهر؛ فعلى هذا يجوز للإمام أن يحفظه إلى أن يظهر صاحبه إذا رأى فيه مصلحة، وإن رآها في البيع فعل وحفظ ثمنه، وله أن يستقرضه على بيت المال، صرح به الإمام.

وهل يجوز أن يقطعه لمن يعمره؟ فيه وجهان حكاهما الماوردي عن ابن كج، ورجح الروياني وجه الجواز، وحكى البندنيجي وغيره وجهًا آخر: أنه يملك بالإحياء.

وصور القاضي أبو الطيب محله بما إذا خربت قرية المسلمين وتعطلت؛ تمسكًا بقوله - عليه السلام-: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»؛ فإن هذا أحق بالتسمية؛ لأنه كان حيًّا بالعمارة وقد مات بالخراب.

والقائلون بالأول قالوا: ما لم يُحْيِ أصلًا أحق به؛ لأنه ميتة في كل حال.

قال: وإن كان في دار الشرك فقد قيل: يملك؛ لأن الظاهر أنها لمن لا حرمة له فأشبهت الركاز، وهذا ما صححه الرافعي والبغوي، وبه قال صاحب «الإفصاح» وابن أبي هريرة.

وقال في «البحر»: إنه أشبه بمذهب الشافعي. فعلى هذا يجوز نقل ترابه، ومن بادر إلى أخذه ملكه، «**وقيل: لا يملك**»؛ لجواز أن يكون لمن لم تبلغه الدعوة وقد ورثه مسلم - كما قال أبو الطيب - أو الكافر لا يحل ماله، وهذا ما صار إليه أبو إسحاق، وهو المذهب عند الشيخ أبي حامد ومن تابعه، وعلى هذا: لا يجوز نقل ترابه إلا بإذن الإمام، قاله في «التهذيب».

وقد حكى بعضهم هذا الخلاف قولين، وجعله الماوردي وجهين؛ كالوجهين

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢٨٥) كتاب الحرث والمزارعة باب من أحيا أرضًا مواتًا (٢٣٣٥).
(٢) تقدم.

في الركاز الذي جهل حاله، وهذا يدل على أن الخلاف عند الشك في أنها لمسلم أو لكافر.

وإذا جمعت ما قيل في دار الإسلام ودار الكفر واختصرت قلت: في المسألة ثلاثة أوجه، كما حكاها في «المهذب»، ثالثها: لا يملك في دار الإسلام، ويملك في دار الشرك.

وحكى القاضي الحسين فيما إذا جرى على ذلك ملك جاهلي، ثم اندرس وخفي المالك، وقاس الجواز على الركاز، والمنع على ملك مسلم، وفرق بين الركاز وبينه: بأنه معرَّض للضياع فلو مُنِع الواجد من تملكه لتولى عليه غيره، والأراضي مما تبقى بنفسها ولا تضيع. وعلى ذلك جرى الإمام [وأثبت الخلاف][(١)] قولين منصوصين للشافعي، وصوَّر المسألة فيما إذا لم يدر كيف استولى المسلمون عليها، أما إذا علمنا كيفية الاستيلاء: فإن كان عنوة سلك بالأرض مسلك المغانم، ثم حصة الغانمين ملحقة بملك المسلم الذي لا يدرى، وإن كان من غير إيجاف [خيل][(٢)] ولا ركاب فهي فيء.

وفي البحر حكاية عن الخراسانيين قولان في مسألة الكتاب:

أحدهما: لا تملك بالإحياء.

والثاني: لا تملك، بل ينتفع بها ما أراد، ويكون أولى من غيره.

وقيل: قولان:

أحدهما: يملك.

والثاني: يترك في بيت المال، ذكره القفال، وقال مرة أخرى: فيه وجهان:

أحدهما: هو كالموات الذي لم يملك قط.

والثاني: أنه [فيء][(٣)].

أما إذا عرف مالكه فلا يجوز تملكه بالإحياء إلا أن يكون كافرًا، وقد أعرض عنه قبل القدرة عليه، ولو كان خراب ذلك قبل الإسلام ملكه من أحياه من المسلمين قولًا واحدًا، كما قاله الماوردي والإمام عن الشيخ أبي علي، ثم ادعى الإمام أن معظم الأصحاب على مخالفة ذلك والمصير إلى طرد القولين مهما رأينا أنه عمارة جاهلية، وحكى الإمام الرافعي عن ابن سريج وغيره: أنه وقع[(٤)]

---

(١) سقط في جـ.

(٢) سقط في جـ.

(٣) سقط في جـ.

(٤) في جـ: رفع.

الخلاف في المسألة، وينزل الجواز على حالة اندراس أثر العمارة وتقادم عهدها، والمنع على حالة بقاء أثر العمارة أو كان معمورًا في جاهلية قريبة.

فرعان:

إذا خرج الكفار من عامر ديارهم وقاتلونا في الموات، فالحكم في موضع القتال وما وراءه واحد، وهو: أنه لا يجوز للمسلم إحياؤه في حال القتال، فإذا ظهر المسلمون على المواضع التي وقع فيها القتال من الموات وما وراءها مع العامر، فهل يجوز تملك ذلك الموات بالإحياء؟ فيه وجهان في الطريقين:

المذهب منهما في «تعليق» أبي الطيب: الجواز.

وأصحهما - عند بعضهم، وبه جزم الماوردي أيضًا في كتاب السير، ونسبه القاضي أبو الطيب ثَمَّ إلى [الشيخ][1] أبي إسحاق-: لا، ولأي معنى؟ فيه وجهان:

أحدهما: إقامة لذلك مقام المعمور؛ فيكون غنيمة، وهذا ما نسبه الماوردي إلى القاضي أبي حامد وأبي الفياض.

والأصح - وبه جزم الإمام والبندنيجي-: إقامة المنع مقام التحجر، وسيأتي خلاف في جواز بيع المتحجر: فإن جوزناه كان ذلك غنيمة أيضًا، وإن قلنا: لا - وهو الأصح - فالغانمون أحق بإحياء أربعة أخماسه، وأهل الخمس أحق بإحياء خمسه، فإن أعرض الغانمون عن إحيائه فأهل الخمس أحق به، وكذا لو أعرض بعض الغانمين فالباقون أحق، وإن تركه الغانمون وأهل الخمس جميعًا ملكه من أحياه من المسلمين.

ولو فتحت البلدة صلحًا على أن تكون لنا، ويسكنوها بالجزية - فالمعمور منها فيء، والموات إن كانوا يذبون عنه هل يكون متحجرًا لأهل الفيء؟ فيه وجهان، أصحهما: نعم، وعلى هذا فهو فيء في الحال، أو يخمسه[2] الإمام لهم؟ فيه وجهان؛ أصحهما الثاني.

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب في كتاب السير: إن أحيا ذلك على الوجهين في الحالة الأولى، فالمذهب فيهما: أنه يجوز لجميع المسلمين إحياؤه، وقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة: لا يحييها إلا الغانمون. وإن صالحناهم على أن

(١) سقط في جـ.

(٢) في جـ: يحييه.

تكون البلدة لهم؛ فالمعمور لهم والموات يختصون بإحيائه؛ فلا يجوز للمسلمين إحياؤه.

قال القاضي أبو الطيب: ويخالف دار الحرب؛ حيث قلنا: إذا أحيا المسلم شيئًا منها ملكه؛ لأن دار الحرب تملك بالقهر والغلبة؛ فملك مواتها بالإحياء، وليس كذلك هذه الدار التي حصلت لهم بالصلح؛ لأن المسلمين لم[1] يملكوها [بالقهر][2] والغلبة؛ فلم يملكوا مواتها بالإحياء.

وعن القاضي أبي حامد وصاحب «التقريب»: أنه إنما يجب علينا الامتناع عن مواتها إذا شرطناه في الصلح.

الثاني: البيع التي للنصارى في دار الإسلام لا تملك عليهم إلا أن يتفانوا؛ فيكون كما لو مات ذمي ولا وارث له؛ فإن ماله يكون فيئًا للمسلمين، قاله في «التهذيب».

قال: «والإحياء أن يهيئ الأرض لما يريد»؛ لأن الشرع ورد به مطلقًا، وليس له حد في اللغة ولا ضابط له في الشرع يرجع إليه؛ فاعتبر فيه العرف كالإحراز، وهو كما قال: فإن كانت دارًا فبأن يبني ويسقف، أي: بما جرت عادة أهل ذلك الموضع به من حجر أو خشب أو جريد، ولا يشترط سقف جميعها، بل موضعًا منها.

وعن رواية صاحب «التقريب»: أنه لا حاجة إلى السقف. وقد سكت الشيخ عن نصب الباب وكذلك الماوردي، وحكى غيرهما في اشتراطه وجهين، ورجح الروياني وجه الاشتراط.

ولا يشترط السكن فيها بحال، صرح به المتولي وغيره.

وقال المحاملي: الإيواء إليها شرط.

تنبيه: يسقف: ياؤه مفتوحة وسينه ساكنة وقافه مضمومة، قال أهل اللغة: يقال سقفه يسقفه سقفًا، كقتله يقتله قتلًا.

فرع: قال المتولي: أهل البادية ومن يسكن الصحارى جرت عادتهما إذا أرادوا النزول في موضع نظفوا الأرض عن الحجارة والشوك، وسووا ظاهر الأرض؛ ليتأتى ضرب الفسطاط والخيم، وبنوا أبنية مثل المعلف للدواب وما لا بد لهم

---

(١) في جـ، د: لا.

(٢) سقط في جـ.

منه - فإذا فعلوا ذلك: فإن قصدوا تملك البقعة ملكوها، ولا يزول ملكهم بالارتحال عنها، وإن لم يقصدوا التملك فهم أولى بالموضع ما لم يرحلوا، فإذا ارتحلوا كان لغيرهم أن ينتفع به، كما سنذكره في مقاعد الأسواق.

قال: «وإن كان حظيرة» أي: لأجل الدواب أو تجفيف الثمار أو لحفظ الحطب والحشيش «فبأن يحوط عليها» أي: بما جرت به العادة من آجر وجبس، أو آجر وطين، أو حجر وطين، أو لبن وطين «وينصب عليها الباب».

وقيل: لا يشترط نصب الباب؛ لأنه يراد للحفظ، وأما الانتفاع فيحصل بدونه، وهذا ما دل عليه كلام الماوردي؛ حيث لم يتعرض إلى ذكر [نصب][1] الباب، وقدر[2] الإحاطة بقَصَب أو خشب أو شوك أو حجارة غير مبنية؛ لأن الملك لا يقف عليه في العادة، وإنما يفعل ذلك المحتازون.

وفي «البحر»: أن بعض أصحابنا بخراسان قال: إذا أحاط به بقصب أو خشب يكون إحياء.

وعندي: أن هذا يختلف باختلاف البلاد: ففي طبرستان هذا إحياء؛ لأنه جرى به عرفهم، وهذا ما صرح به الماوردي، وألحق بطبرستان جيلان.

ولو حوط بالبناء في طرف، واقتصر في الباقي على نصب الأحجار - حكى الإمام عن القاضي: أنه يكفي، وعن شيخه: أنه لا يكفي في ملك الجميع، ويكفي في ملك موضع البناء، ولا يشترط التسقيف هنا[3] بحال.

قال: وإن كان مزرعة فبأن يصلح ترابها؛ أي: بالحرث ونحوه. والحرث، قال الماوردي: يجمع الإثارةَ، وكسحَ ما استعلى، وتطويلَ ما انخفض.

قال: ويسوق الماء إليها[4] على حسب ما يليق بها: فإن كانت تشرب من بئر حفر لها بئرًا، وإن كانت تشرب من المطر أو من ماء مباح من عين أو نهر - طرَّق إليها طريقًا بحيث لا يبقى إلا إجراء الماء فيه.

قال: «ويزرع في ظاهر المذهب» أي: المنصوص في «المختصر» في هذا الموضع؛ لأن الدار والزريبة لا تصير محياة إلا إن حصل عين مال المحيي؛ فكذلك المزرعة.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) بياض في جـ.
(٣) في جـ: هناك.
(٤) في التنبيه: إليها الماء.

وقيل: يملك وإن لم يزرع؛ لأنه انتفاع فلم يكن شرطًا في الملك؛ كسكنى الدار، وهذا [ما](١) مال [إليه](٢) الأكثرون، ونسبه الماوردي إلى نص في «الأم»، واختيار أبي إسحاق وصححه.

ورأيت في «الرافعي» أن الماوردي غلَّط من قال بخلافه، ولم أره في «الحاوي» في هذا الموضع، [وهو في «الأحكام»](٣).

قال الرافعي: والأشبه تفصيل ذكره القاضي ابن كج، وتلخيصه: [أن البقعة](٤) إن كانت بحيث يكفي لزرعها ماء السماء فلا حاجة إلى سقي ولا ترتيب ماء. وحكى عن أبي علي الطبري وجهًا: أنه لا بد منه وضعفه. وإن كانت تحتاج لها ماء يساق إليها لزم تهيئته من عين أو نهر أو غيرهما، فإذا هيأه بأن حفر له طريقًا ولم يبق إلا إجراء الماء كفى، ولم يشترط الإجراء ولا سقي الأرض، فإن لم يحفر بعد فوجهان.

وأرض الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها ولا يصيبها إلا ماء السماء، قال صاحب «التقريب»: إلا أنه لا مدخل للإحياء فيها، وبه قال القفال، وبنى عليه أنا إذا وجدنا شيئًا من تلك الأراضي في يد إنسان لم يحكم بأنه ملكه، ولا يجوز بيعه وإجارته.

ومن الأصحاب من قال: يملك بالحراثة وجمع التراب على الأطراف، وهو ما اختاره القاضي الحسين، ولا خلاف أنه لا يشترط الحصاد، ويشترط أن يجمع ترابًا يحيط بالأرض، وهو الذي يسميه أهل العراق - كما قال الماوردي - مساناة؛ لتتميز عن غيرها، ويقوم مقام ذلك الحجر والقصب والشوك.

وعند الشيخ أبي حامد: لا يشترط ذلك بعد سوق الماء إليها، وهو ظاهر كلام الشيخ، ولو كانت الأرض بطائح كان عوض سوق الماء إليها حبس الماء عنها.

فرع: إذا قصد إحياء بستان أو كرم فلا بد من التحويط بما جرت به العادة من قصب أو بناء أو شوك، وإن لم تجر عادة به - كما بالبصرة وقزوين - فلا يشترط، وحينئذ يكتفى بجمع التراب حواليه؛ كالمزرعة، كذا قاله ابن كج، والقول في سوق الماء إليه على ما ذكره في المزرعة، وغرس الأشجار عند من اعتبر

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.

الزراعة لا بد منه، وعند من لم يعتبرها هل يعتبر الغرس؟ فيه وجهان، أو قولان:

أحدهما: لا، وهو الذي حكاه الماوردي عن نصه في «الأم»، واختيار أبي إسحاق وصححه في الزرع.

والأكثرون - كما قال الرافعي - على اعتباره، ومنهم القاضي الحسين، وهو الذي نسبه الماوردي إلى نصه هنا.

والفرق من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن اسم المزرعة يقع على البقعة قبل الزرع، بخلاف البستان.

والثاني: أن الزرع يسبقه تقليب الأرض وحرثها؛ فجاز أن يقام مقامه، والغرس لا يسبقه شيء يقوم مقامه.

والثالث: أن الغرس يدوم؛ فألحق بأبنية الدار، والزرع بخلافه.

ثم على هذا: هل يشترط تعليق الأرض بالغراس، أم يكفي في حصول الملك الغراس في البعض؟ حكى الإمام عن شيخه خلافًا، ثم قال: والوجه عندنا القطع بأن التعليق ليس بشرط.

قال: **وإن كان بئرًا أو عينًا فبأن يحفرها حتى يصل إلى الماء**؛ لأنها لا تصير بئرًا أو عينًا بدون ذلك، فإن الماء هو المنفعة المقصودة، وهذا إذا لم تكن الأرض رخوة؛ فإن كانت فلا بد من طَيِّها؛ لأنه المتعارف.

وقال الرافعي: وفي «النهاية»: أنه لا حاجة إليه.

فرع: إحياء القناة يتم بخروج الماء وجريانه، وإحياء النهر يتم بحفره وانتهاء فوهة النهر الذي يحفره إلى القديم، مع جرى الماء فيه عند صاحب «التهذيب» وغيره.

وفي «التتمة»: أن الملك لا يتوقف على إجراء ماء فيه؛ لأنه استيفاء منفعة كالسكون في الدار.

قال: «**ويملك المُحْيَى وما فيه من المعادن**»؛ أي: التي تظهر بعد الإصابة، باطنة كانت أو ظاهرة - كما صرح به الماوردي - لأنها من أجزاء الأرض كترابها، ولا فرق في الباطن بين أن يعلم أنها فيه حالة الإحياء أو لا. وحكى أبو الفرج السرخسي طريقة أخرى حاكية قولين في ملك المعدن الباطن إذا علم به فاتخذ عليه دارًا؛ كالقولين [الآتيين][(١)] في أنه هل يملك المعدن بالإحياء، فإذا

---

(١) سقط في جـ.

قلنا: إنه يملكه، قال الإمام: فظاهر المذهب أنه لا يملك البقعة المحياة أيضًا؛ لأن المعدن لا يتخذ دارًا ولا مزرعة فالقصد فاسد، ومنهم من قال: يملكها بالإحياء.

قال: والشجر والكلأ وما ينبت فيه؛ لأنه تابع.

والكلأ: مقصور مهموز، وهو يطلق على الرطب واليابس، بخلاف الحشيش؛ فإنه لا يطلق إلا على اليابس.

وذهب الصيمري وجمهور البصريين إلى أن الكلأ النابت في الأملاك لا يملك.

قال الماوردي: والأصح عندي اعتبار العرف فيما أرصدت له تلك الأرض، فإن كانت مرصدة لنبت ذلك، وهو المقصود من نباتها: كالآجام المرصدة لمنابت القصب، والغياض المرصدة لمنابت الشجر، والمراعي المرصدة لمنابت الكلأ - فهو ملك لرب الأرض، وإن كانت مرصدة لغير ذلك من زرع وغروس؛ فنبات الكلأ والحشيش فيها ضرر بها؛ فلا يستقر ملكه عليه.

وعلى الأوجه الثلاثة لا يلزمه تمكين المواشي من رعيه ولا تمكين أهلها من جزه.

قال: «وينبع» أي: من ماء وغيره؛ لأنه مما ملكه فأشبه شعر الغنم.

وينبع: مضموم الباء ثانية الحروف، وتفتح وتكسر، ويقال: نبع ينبع نبعًا نُبوعًا ونَبعانًا.

قال: ويملك معه ما يحتاج إليه من حريمه ومرافقه؛ لأن هذا هو العرف على عهد رسول الله ﷺ ومن بعده مع تضايق أملاكهم، «وقيل: لا يملك ذلك»، بل يستحق الانتفاع به؛ لأن ذلك يحصل بالإحياء، ولم يوجد فيها إحياء، وهذا ما عزاه ابن الصباغ إلى الشيخ أبي حامد، وقد يستدل له بما روي أنه - عليه السلام- قال: «لَا حِمَى إِلَّا فِي ثَلَاثَةٍ: [ثُلَّةُ][1] الْبِئْرِ، وَطَوْلُ الْفَرَسِ، وَحَلَقَةُ الْقَوْمِ»[2] وثلة البئر: مُلْقَى طينها، وطِوَل الفرس: ما انتهى إليه الفرس بحبله الذي قد ربط به، وحلقة القوم: عبر به عن النهي عن الجلوس وسط الحلقة.

---

(١) سقط في جـ.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٣٨٩) برقم (٢١٣٥٨)، والبيهقي (٦/ ١٥١) عن بلال العبسي مرسلًا وهو ضعيف لإرساله.

والصحيح - وبه قال القاضي أبو الطيب-: الأول؛ كما يملك عَرْصة الدار ببناء الدار، وإن لم يوجد في نفس العرصة إحياء. فعلى هذا: لو أراد المحيي بيع الحريم دون المعمور هل يجوز؟ جواب الشيخ أبي عاصم العبادي: منعه؛ كما لو باع شَرَب الأرض وحده.

واعلم أن الحريم: هو المواضع القريبة التي يحتاج إليها لتمام الانتفاع، سميت بذلك؛ لأنه يحرم على غير مالكها التعرض لها بنوع عدوان، وكذلك يختلف باختلاف المحيَى:

فحريم القرى: ما حولها من مجتمع النادي وملعب الصبيان ومرتكض الخيل إن كان سكان القرية خيالة - كما قاله الإمام - ومناخ الإبل ومطرح الرماد والسماد وسائر ما يعد من مرافقها.

وأما مرعى البهائم فقد قال الإمام: إن بعد من القرية لم يكن حريمًا لها، وإن قرب ولم يستقل مرعى، [ولكن][(١)] كانت البهائم ترعى فيه عند الخوف من الإبعاد - فعن الشيخ أبي علي ذكر خلاف فيه، والظاهر عندي: أنه ليس من حريمها، والذي جزم به البغوي: أن مرعى البهائم من حقوق القرية مطلقًا، والمحتَطَبُ كالمرعى.

وحريم الدار [في الموات][(٢)]: مطرح التراب والرماد والكناسات والثلج، والممر في الصوب الذي فتح الباب إليه، وليس المراد منه استحقاق الممر في قبالة الباب، [بل يجوز [لغيره][(٣)] إحياء ما في قبالة الباب][(٤)] إذا بقي له ممر، وإن احتاج إلى انعطافٍ وازورار وعند جماعة من الأصحاب منهم القاضي ابن كج: فناء الدار من حريمها، وكذلك الشيخ أبو حامد وقال: إنه إذا حفر إنسان في فنائها وأصل حيطانها منع منه.

وقال ابن الصباغ: عندي أن حيطان الدار لا فناء لها ولا حريم، ولو أراد مُحْيٍ أن يبني بجنبها[(٥)] لم يلزمه أن يبعد عن فنائها.

نعم، يمنع مما يضر بالحيطان كحفر بئر في أصل الحائط.

---

(١) سقط في ج.

(٢) سقط في ج.

(٣) سقط في ج.

(٤) سقط في د.

(٥) في ج: تحتها.

وفي كلام الماوردي إشارة إلى خلاف فيه، كما سنذكره عند الكلام في مقاعد الأسواق.

وحريم المزرعة: طرقها ومغيض مائها ومسيله وبيدر زرعها، وما يستغنى به من مرافقها.

وحريم البئر: بقدر ما يقف عليه المستقي إن كان للشرب، وبقدره مع الدولاب وتَرْداد البهيمة إن كان الاستقاء بها، ومصب الماء، والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض أو نحوه، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه وإن كان الاستقاء بالناضح، فحريم البئر قدر عمقها من كل جانب، وإن كان ألف ذراع - كما حكاه البندنيجي - وحمل الأصحاب قوله ﷺ: «حَرِيمُ الْبِئْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا»[(١)] على [آبار][(٢)] الحجاز؛ فإنها تكون عميقة تحتاج في الموضع التي يمر فيها الثور إلى ذلك المقدار.

وحريم النهر: ملقى الطين وما خرج منه من التِّقن - بكسر التاء ثالثة الحروف وتسكين القاف - وهو رسابة الماء - بفتح الراء وسين غير معجمة وباء ثانية الحروف - ويقال: إن ذلك يجتمع في الربيع.

وأما القناة فآبارها لا يستقى منها حتى يعتبر به الحريم؛ فحريمها: القدر الذي لو حفر فيه لنقص ماؤها وجف من انهيار وانكباس، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها.

وفي «الوجيز» وجه: أن حريمها حريم البئر التي يستقى منها، ولا يمنع من الحفر بعد ما جاوزه، وإن نقص، وهذا بناء على ما حكى عن الشيخ أبي حامد: [أن][(٣)] من حفر بئرًا في موات كان لغيره أن يحفر فيما وراء حريمها، وإن نقص ماء الأولى بسبب ذلك، وهو قول الشافعي - كما حكاه الماوردي - فيما إذا نضب ماء البئر الأولى، أو كانت البئر الثانية بئر بالوعة فتغَيَّر بسببها ماء الأولى.

وحكى وجه آخر - وبه أجاب القاضي أبو الطيب في «تعليقه» وابن الصباغ، وجعله الرافعي الأظهر تبعًا للغزالي-: أنه يمنع من الحفر حيث ينقص ماء

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٤٩٤) من حديث أبي هريرة، وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٢٨)، فيه رجل لم يسمه وبقية رجاله ثقات.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في ج.

الأولى، كما ليس لغيره أن يتصرف [قريبًا من بنائه بما يضر به، وهذا موافق لما حكاه الماوردي آخر هذا الباب: من أن جماعة لو حفروا عينًا، فأراد رجل أن يتصرف فيما يمدُّ هذه العينَ من أرض أو جبل تصرفًا يقطع ماءها، منع منه، إلا أن يكون مالكًا لما يتصرف](١) فيه من الأرض؛ فلا يمنع منه، وطرد القاضي جوابه فيما إذا أحيا أرضًا ليغرس فيها وغرس؛ فليس لغيره أن يغرس بجواره بحيث تلتف أغصان الغراسَيْنِ، وبحيث تلتقي عروقهما.

قال القاضي وابن الصباغ: ويخالف ما إذا حفر بئرًا في ملكه فنقص ماء الأولى، حيث يجوز؛ لأن الحفر في الموات ابتداء تملُّكٍ؛ فلا يمكن منه إذا تضرر به الغير، وهنا كل منهما متصرف في الملك.

قال الرافعي: وعلى هذا الوجه يكون ذلك الموضع داخلًا في حريم البئر أيضًا.

ثم ما حكمنا بكونه حريمًا فذاك إذا انتهى الموات إليه، فإن كان الموضع مملوكًا قبل انتهاء الحريم فالحريم إلى حيث انتهى الموات، ولو كان المحيي بين آدُرٍ متلاصقة؛ فلا حريم له.

فائدة: لكل واحد من الملاك أن يتصرف في ملكه على العادة، ولا ضمان عليه إن أفضى ذلك إلى تلف، نعم: لو تعدى ضمن.

ولو أراد أن يتخذ بجوار [جدار](٢) جاره زبلًا منع.

ولو أراد أن يجعل داره حمّامًا، أو إصطبلًا، أو طاحونة، أو مدبغة - على خلاف العادة - [وكانت بين الدور، أو حانوته الذي في وصف العطارين حانوت حداد أو قصَّار على خلاف العادة](٣)، أو دق في داره شيئًا دقًّا عنيفًا تتزعزع منه حيطان الجار(٤)، أو حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر نداوته إلى حيطان الجار - فهل يمنع من ذلك؟ فيه ثلاثة أوجه في طرق المراوزة، ثالثها - وهو الأظهر-: [أن ما](٥) كان مضرًّا بالساكن لا يمنع منه، وهو ما جزم به القاضي أبو الطيب والبندنيجي، وإن كان مضرًّا بالدار يمنع منه.

فإن قلنا: لا يمنع مطلقًا، فإذا ضرب القصار المِيجَنة، فتزلزل(٦) الجدار حتى

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: الدار.
(٥) في جـ: وإن.
(٦) في جـ: فزلزل.

انكسر ما كان معلقًا عليه - قال العراقيون: عليه الضمان إن سقط في حال الضرب [وإن سقط لا في حال الضرب][١] فلا ضمان.

قال القاضي الحسين في آخر كتاب الصلح: وعندي أنه لا ضمان في الحالين.

وحكم أسفل الجدار حكم أعلاه؛ حتى لا يجوز أن يعمل بجواره حُشًّا يضر به على الأصح.

قال البندنيجي: وكان الشيخ يحكي عن أصحابنا: أنه لا يمنع موافقته[٢] على هذا، فرجع عنه إلى المنع، وجزم الإمام بأن الجار له حفر بئر في ملكه، وإن أدى إلى اختلال دار الجار، وأنه لا ضمان على الحافر، واختيار القاضي الروياني أن الحاكم يجتهد فيها، ويمنع إذا ظهر له التعنُّت وقصد الفساد.

قال: وكذلك القول في إطالة البناء ومنع الشمس والقمر. ولو حفر في داره بئر بالوعة، وفسد فيها ماء بئر الجار - فهو مكروه، [و][٣] لكنه لا يمنع منه، ولا ضمان عليه بسببه، خلافًا للقفال.

قال: «وقيل: لا يملك الماء[٤]»، أي: بحالٍ كما حكاه القاضي الحسين عن أبي إسحاق، وسواء بيع [في][٥] بئر حفرها في موات أو في ملكه، كما صرح به القاضي أبو[٦] الطيب؛ لعموم قوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ شِرْكٌ فِي ثَلَاثٍ: فِي الْكَلَأِ، وَالْمَاءِ، وَالنَّارِ» خرجه أبو داود. وروي: «شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ»[٧].

ولأن الماء في البئر لو كان مملوكًا لم يستبح بالإجارة؛ لأن الأعيان لا تستباح بالإجارة، وقد أجري هذا الوجه - كما حكاه الشيخ في «المهذب» والبندنيجي - فيما ينبع في ملكه من النفط والقير والمومياء والملح ونحوه.

قال: «والمذهب الأول»، وهو المنصوص عليه في الأقضية من القديم و«حرملة»؛ لأنه نماء ملكه[٨] فهو كثمرة الشجرة، ولأن هذا الماء معدن ظهر في

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: فوافقته.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: المال.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: أبي.
(٧) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٠٠) كتاب البيوع: باب في منع الماء (٣٤٧٧)، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ، وإسناده حسن، وأخرجه ابن ماجه (٤/ ١٠٨) كتاب الرهون: باب المسلمون شركاء في ثلاث (٢٤٧٢) من حديث ابن عباس، وإسناده ضعيف.
(٨) في جـ: يملكه.

أرضه؛ فهو كمعدن الذهب والفضة إذا ظهر [في أرضه](١).

وأما الحديث فقد قال عبد الحق: إن بعض رجاله مجهول. وقال البخاري في بعضهم: إنه [منكر](٢) الحديث. وضعفه أبو زرعة.

والتمسك بمسألة الإجارة قد يمنع بأن اللبن في الرضاع قد تناوله عقد الإجارة وإن كان عينًا.

التفريع:

إن قلنا بالمذهب، فلو أخذه أحد لم يملكه، وإذا باع ماء البئر بجملته لم يصح؛ لاختلاط المبيع بغيره، وإذا باع أرطالًا منه صح، وإن كان يختلط بغيره، قال القاضي الحسين: كما لو باع آصُعًا من صُبْرة، ثم خلط عليها شيئًا آخر.

وعن القفال: أنه لا يصح، وهو موافق لأصله في منع بيع صاع من صبرة مجهولة الصِّيعان(٣).

ثم القول بالصحة محله: إذا لم يكن ماء البئر محتاجًا إليه للماشية - كما صرح به الماوردي - فإن كان محتاجًا إليه للماشية، وأوجبنا بذل فضل الماء - حرم البيع، وإن قلنا بقول أبي إسحاق فمن أخذ منه شيئًا ملكه.

قال: «ولا يجب عليه بذل شيء من ذلك» أي: من [نيل](٤) المعادن والشجر والكلأ وما ينبت وينبع في الأرض المحياة قبل حيازته في الأواني؛ لأنه نماء ملكه(٥) فلا يجب عليه بذله؛ كثمرة أشجاره، وصوف مواشيه.

قال: «إلا - الماء؛ فإنه يجب عليه بذل فضله للبهائم دون الزرع» أي: سواء قلنا: إنه ملكه أم لا - كما صرح به مجلي - لما روى الشافعي عن مالك عن أبي الزناد(٦) عن الأعرج عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «مَنْ مَنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ لِيَمْنَعَ بِهِ فَضْلَ الْكَلَإِ مَنَعَهُ اللَّهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»(٧).

قال القاضي أبو الطيب: وفيه أدلة من وجوه:

---

(١) سقط في جـ.

(٢) سقط في جـ.

(٣) في جـ: الصنعان.

(٤) سقط في جـ.

(٥) في جـ: بما يملكه.

(٦) في جـ: الزياد.

(٧) أخرجه الشافعي (٢/ ١٥٣ -ترتيب المسند) وإسناده صحيح.

أحدها: أنه توعد على المنع؛ فدل على أن البذل[١] واجب.

والثاني: أنه دل على أن الفاضل هو الذي يجب بذله.

والثالث: أنه دل على أنه يجب البذل بلا عوض[٢].

والرابع: أنه دل على أنه إنما يجب [عليه][٣] ذلك للماشية دون غيرها، وحكمته حرمتها في نفسها؛ بدليل وجوب سقيها، بخلاف الزرع.

والفرق بين وجوب فاضل الماء وبين عدم وجوب فاضل الكلأ من وجوه:

أحدها: أن الماء إذا أخذ استخلف في الحال.

والثاني: أن الكلأ يتمول في العادة.

والثالث: أن رعي الماشية يطول، فلم يلزمه تمكينها[٤] من دخول ملكه لأجله، والماء بخلاف ذلك.

وقد حكى مجلي والمتولي عن بعض أصحابنا: أنه أوجب بذل الفضل للزرع إذا احتاج إليه، وقد يستدل له بما رواه البخاري عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ: «ثَلَاثَةٌ لَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ ...» وعد منها: «رَجُلٌ مَنَعَ فَضْلَ مَاءٍ فَيَقُولُ اللَّهُ: الْيَوْمَ أَمْنَعُكَ فَضْلِي كَمَا مَنَعْتَ مَا لَمْ تَعْمَلْ يَدَاكَ»[٥].

وروى القاضي أبو الطيب وغيره عن أبي عبيد بن حربويه من أصحابنا: أنه لا يجب البذل للبهائم؛ بل يستحب لعموم قوله ﷺ: «لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[٦]، وهذا ما اختاره الإمام، وحكاه عن القاضي، والجمهور على الأول، وقالوا: ما ذكره من[٧] الحديث عام، وما ذكرناه خاص؛ فكان أولى.

وعلى هذا: لو أراد من حفر بئرًا طمَّها[٨] منع؛ لما تعلق بفضل مائها من حقوق السابلة. وهكذا لو حفر نهرًا أو استنبط عينًا، صرح به الماوردي، ولو انطمت البئر لم يلزمه تنظيفها.

---

(١) في جـ: المنع.
(٢) في جـ: غرض.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: تمكينه.
(٥) أخرجه البخاري (٥/ ٣١٨) كتاب المساقاة: باب من رأى أن صاحب الحوض والقربة أحق بمائه (٢٣٦٩).
(٦) تقدم.
(٧) في د: في.
(٨) في د: طمثها.

نعم، لو بذل ذلك لأرباب[١] الماشية [لزمه التمكين.

ثم المراد بالفضل: أن يكون فاضلًا عن حاجة نفسه وماشيته][٢] وزرعه وشجره.

والمراد بالبذل: التمكين منه.

أما الاستقاء وإعارة الحبل والدلو فلا يجب، ومن هذا يظهر أنه إذا حاز الماء في أوانيه لا يجب عليه بذله وجهًا واحدًا؛ كما صرح به القاضي أبو الطيب وغيره.

وعن أبي الحسين أن من أصحابنا من أوجبه.

واعلم أن [ظاهر][٣] كلام الشيخ يقتضي أمرين:

أحدهما: أنه لا فرق في البذل للبهائم بين أن تكون ترعى الكلأ التي بجوار الماء ولا يمكن رعيه إلا بسقي الماء، أو لا يكون ثَمَّ كلأ، أو يكون ماؤه[٤] في الطريق، أو قاطنه. وهو في حال وجود الكلأ وعدم ماء[٥] مباحٍ غير ذلك الماء وكلأ غير ذلك الكلأ، متفقٌ عليه، وكذا في حال[٦] مرور الماشية، كما حكاه المتولي والقاضي أبو الطيب والروياني والرافعي.

[و][٧] في حال الإقامة وجهان في «التتمة»، [و][٨] حكاهما في «الحاوي» عند عدم الكلأ، وحكاهما في «البحر» في حال وجوده واستغناء الماشية عنه لكونها معلوفة، والأصح: أنه لا يجب البذل.

والثاني: أنه لا يجب البذل للآدمى، وقد حكى القاضي ابن كج الخلاف المذكور في وجوبه للماشية[٩]، وجوبه للراعي[١٠]؛ لأنها لا تستقل بنفسها، والمنع منه يتضمن المنع منها.

وحكى الماوردي الوجهين في وجوبه مع القول بوجوبه للماشية.

وحكى الإمام فيه وجهين إذا فرعنا على أن الماء مملوك، وأن الذي ذهب إليه

(١) في جـ: أرباب.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: مادة.
(٥) في جـ: ما.
(٦) في جـ: حالة.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) زيادة في د: في.
(١٠) في د: للرعي.

القاضي وطبقة المحققين: [أن][(١)] للملاك المنع، وطرد الخلاف في أخذِ [قريبٍ][(٢)] وشرب دواب معدودة لا يظهر لشربها أثر.

فرع: إذا أوجبنا البذل هل يجوز أخذ العوض عنه؟ فيه وجهان في «التتمة»:

أحدهما: نعم؛ كما يطعم المضطر بالعوض.

وأصحهما - وبه جزم الماوردي وأبو الطيب-: لا؛ لما روى جابر أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ»[(٣)].

وهذا كله إذا كان قد حفر بئرًا في ملكه، أو في موات ليتملكه، كما صرح به القاضي أبو الطيب، والبندنيجي، والماوردي، والشيخ أبو محمد وغيرهم، خلا الإمام والفوراني؛ فإنهما جزما بعدم وجوب البذل إذا حفر البئر بقصد التملك، وقلنا إن الماء يملك. وحمل الإمام الحديث على ما إذا حفر البئر في موات وقصد الارتفاق بها دون التملك - كما سنذكره - وقال فيما إذا أشرفت الماشية على الهلاك في هذه الحالة: سقاها فضل مائه بالقيمة.

وعند الجمهور: إذا حفر البئر في موات للمارة[(٤)] فماؤها مشترك بينهم، والحافر كأحدهم، ويجوز الاستقاء منها للشرب وسقى الزرع، فإن ضاق عليهما فالشرب أولى. وإن حفرها في الموات لقصد الارتفاق دون التملك فالحافر أولى بمائها إلى أن يرتحل، لكن ليس له منع ما فضل عن حاجته كما ذكرنا عن سقى الحيوان، وله المنع من سقى الزرع، وللإمام احتمال فيه؛ من حيث إنه لم يملكه[(٥)]، والاختصاص إنما يكون بقدر الحاجة، وبهذا أجاب في «التتمة».

ولو لحقت الماشية، فاستحدث حافر البئر مزرعة - قال الإمام: فالذي يظهر هاهنا أنه لا يصرف الماء إلى تلك المزرعة؛ إذ لو جوزنا منع الفضل بهذه الجهة لاستمكن حافر البئر من طرد الماشية بالزيادة في المزارع.

وإذا ارتحل المرتفق صارت البئر كالمحفورة للمارة، فإن عاد فهو كغيره، ولو حفر في موات، ولم يقصد التملك[(٦)] ولا غيره ففيه وجهان في «النهاية»:

---

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في جـ.
(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٧) كتاب المساقاة: باب تحريم بيع فضل الماء (٣٤/ ١٥٦٥).
(٤) في جـ: المارة. (٥) في جـ: يمتلك.
(٦) في جـ: الملك.

وأظهرهما في «الرافعي»، وهو الذي ذهب إليه المحققون، ومنهم القاضي الحسين: أنه كالبئر المحفورة للمارة.

والثاني: أنها كالمحفورة للارتفاق.

وظاهر هذا: أنه لا يحصل للحافر ملك فيها على الوجهين معًا، وقد حكى الإمام - أيضًا - من قبلُ أن من حفر بئرًا في مفازة أو مواضع العشب، فهذا مما يقع تارة لقصد التملك، وتارة [لا][1] لقصد [التملك][2]، فإذا خلا عن القصد فهل يحصل به الملك؟ فيه وجهان؛ كمن أغلق بابه على طائر، ولم يقصد اصطياده.

وإذا جمعت بين ما حكاه في الموضعين حصل في المسألة ثلاثة أوجه، ولا خلاف أن القصد إلى الإحياء لا يعتبر فيما لا يفعله في العادة إلا المتملك[3]: كبناء الدور، والمساكن، واتخاذ البساتين حتى يحكم[4] له بحصول الملك، وإن لم يوجد منه قصد التملك.

فصل:

«وإن تحجر شيئًا من الموات بأن شرع في إحيائه» أي: بالحفر وجمع التراب ونحوه وبناء بعض المقصود، كما قاله القاضي أبو الطيب.

قال: ولم يتمم فهو أحق به ؛ لعموم قوله ﷺ: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ[5] يُسْبَقْ إِلَيْهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[6].

ولأن الإحياء إذا أفاد الملك وجب أن يفيد الشروع[7] فيه الأحقِّيَّة؛

---

(١) سقط في ج.
(٢) بياض في ج.
(٣) في ج: التملك.
(٤) في ج: يحصل.
(٥) في ج: لا.
(٦) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٧) كتاب الخراج: باب في إقطاع الأرضين حديث (٣٠٧١) والطبراني في الكبير (١/ ٢٥٥) رقم (٨١٤) والبيهقي (٦/ ١٤٢) كتاب إحياء الموات: باب من أحيا أرضًا ميتة، من طريق عبد الحميد بن عبد الواحد حدثتني أم جنوب بنت نميلة عن أمها سويدة بنت جابر عن أمها عقيلة بنت أسمر بن مضرس عن أبيها أسمر ابن مضرس مرفوعًا.
وصححه ابن السكن كما في خلاصة البدر المنير (٢/ ١٠٩) والضياء المقدسي في المختارة كما في تلخيص الحبير (٣/ ٦٣).
وذكره الحافظ في الإصابة في ترجمة أسمر بن مضرس، وقال: وأخرج حديثه أبو داود بإسناد حسن.
(٧) في ج: الشرع.

كالاستيام[(١)] مع الشراء، وأيضًا قلنا: من يقصد الإحياء بالشروع في العمارة. وهذه الأحقية [أحقية][(٢)] اختصاص لا ملك؛ لأن سبب الملك الإحياء، ولم يوجد.

وعن أبي الحسين بن القطان: أن بعض أصحابنا جعله مفيدًا للملك، وإليه أشار صاحب «التهذيب» بقوله: والصحيح من المذهب: أنه لا يملك بالتحجر والإقطاع ما لم يُحْيِها.

وقال الإمام: كنت أود أن يقول: كل ما يحصل الملك في نَفْعِه[(٣)] إذا وجه إليه القصد، فإنه يحصل الملك وإن فرض القصد في [جهة أخرى][(٤)]، و الذي أراه[(٥)] في ذلك الاستشهاد بالحائط؛ فالمحوط يملك المنفعة[(٦)] إذا انضم إليه قصد اتخاذ[(٧)] الحظيرة، فليكف[(٨)] مجرد التحويط[(٩)] في كل [غرض يفرض][(١٠)]. وقد وجدت هذا لصاحب «التقريب»، ولكنه لم يصرح بالقاعدة التي رمز بها[(١١)]؛ بل قال: لو رمت في حق من يبتغي مسكنًا يكفي التحويط فيه لكان محتملًا. وقد يستشهد لذلك بما روى أبو داود عن الحسن بن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ»[(١٢)].

واعلم أنه يقوم مقام الشروع في الإحياء بما ذكرناه: غرز خشبات أو قصبات أو خط خطوط[(١٣)] دالة على قصده، وبهذا فسر الإمام والمتولي التحجر[(١٤)].

والتحجر أصله[(١٥)]: من الحجر، وهو المنع؛ كأنه لما علم حولها بحجر أو

---

(١) في جـ: كالأسسام.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: بقعة.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: أبداه.
(٦) في جـ: البقعة.
(٧) في جـ: إيجاد.
(٨) في جـ: فكيف.
(٩) في جـ: التحوط.
(١٠) في جـ: عن من يقصد.
(١١) في د: رمزتها.
(١٢) أخرجه أبو داود (٢/ ١٩٥) كتاب الخراج: باب في إحياء الموات (٣٠٧٧) من طريق الحسن عن سمرة به.
وقال الحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ١٧٣) في صحة سماعه منه خلاف ولكنه توبع فرواه سليمان اليشكري عن جابر به.
أخرجه عبد بن حميد (١٠٩٥).
(١٣) في جـ: خطوه.
(١٤) في د: النخجر.
(١٥) في جـ: أصلب.

غيره منع غيره من التصرف فيه، كما يمنع الحجْرُ عن التصرف.

فرع: لا ينبغي للمتحجر[١] أن يزيد على قدر كفايته فيضيق على الناس، ولا أن يتحجر ما لا يمكنه القيام بعمارته، فإن فعل قال في «التتمة»: لا يمنع الغير من إحياء ما زاد على قدر كفايته، وما يعجز عن القيام بعمارته[٢].

وقال غيره: [لا يصح][٣]؛ لأن ذلك [القدر][٤] غير متعين.

قال: فإن نقله إلى غيره صار الثاني أحق به ؛ لأنه آثره به صاحب الحق؛ فأشبه ما لو آثره بجلد ميتة، «وإن مات قام وارثه مقامه فيه» أي: بفتح الميم؛ لأنه[٥] حق يملك له فانتقل إلى وارثه كحق الشفعة.

قال: «وإن باع لم يصح بيعه» ؛ لأنه لم يملكه، وحق التملك لا يباع.

دليله: أن الشفيع لا يبيع الشقص قبل الأخذ، وهذا قول الجمهور.

وقيل: «يصح»، ويعتمد العقد على الاختصاص؛ كبيع علو البيت للبناء والسكن دون سفله، وهذا محكي عن أبي إسحاق وطائفة - كما قال الماوردي - واختيار القفال - كما قال في «البحر - وتمسك قائله بقول الشافعي في «المختصر»: كما يجوز بيع الموات من بلاد المسلمين[٦] إذا أجازه رجل.

وفي «الحاوي»: أن الشافعي أشار إليه في كتاب السير، والقاضي أبو الطيب وغيره قالوا: إن ذلك معدود من غلطات أبي إسحاق، والشافعي عبر بالإجازة[٧] عن الإحياء؛ فعلى هذا: الثمن لازم للمشتري أحيا أو لم يُحْيِ.

ولو أحياها غير المشتري متغلِّبًا صارت ملكًا للمتغلب المحيي، وفي سقوط الثمن عن المشتري وجهان حكاهما الماوردي عن رواية أبي علي بن أبِي هريرة.

أحدهما -وهو مختاره-: أن الثمن لا يسقط؛ لأنه من قبل نفسه أُتِيَ. وعلى هذا[٨]: لو أحياها غير المشتري، ملكها، ولا يلزم المشتري شيء، وإن أحياها المشتري بعد أن حكم بفسخ البيع ملكها[٩] ولا شيء عليه، وإن كان قبل الحكم بالفسخ فوجهان:

---

(١) في جـ: للتحجر.
(٢) في د: لعمارته.
(٣) في جـ: بالمنع.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: لأن.
(٦) في جـ: الإسلام.
(٧) في جـ: بالإجارة.
(٨) في د: الصحيح.
(٩) في جـ: تملكها.

أحدهما: أنها ملك للمشتري.

والثاني: أنها ملك للبائع المتحجر؛ لأن المشتري قصد أن يتملكها بالثمن دون الإحياء، فإذا لم يلزمه الثمن - لفساد البيع - لم يحصل له الملك.

والخلاف المذكور في جواز بيع المتحجر مذكور في بيع الغانم سهمه من الغنيمة قبل القسمة، كما صرح به صاحب «البحر» عن القاضي [الطبري](١)، وسنذكره في موضعه، إن شاء الله تعالى.

قال: «وإن لم يحي، فطالت المدة - قيل له: إما أن تحييه، وإما أن تخليه لغيرك» ؛ لأن ترك العمارة فيه ضرر بدار الإسلام فمنع منه، ولأن فيه نوع حمى، وقد قال النبي ﷺ: «لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ»(٢). ولا يبطل حقه بمجرد طول غيبته حتى يقال له فلا يعمر بعد القول - عند الشيخ أبي حامد - والقائل له هو الإمام أو نائبه، وليس لطول المدة الواقعة بعد التحجر حد معين، وإنما المرجع فيه إلى العادة، كذا قاله الرافعي.

قال: «فإن استمهل» أي: لأجل عذر أبداه من إعداد الآلة وجمع رجال، أو قدوم مال قريب الغيبة، أو لا لعذر - كما قال في «البحر» - أمهل مدة قريبة ؛ رفقًا به، ودفعًا لضرر غيره، والمرجع في تقديرها إلى رأي السلطان، ولا يتقدر بثلاثة أيام على أصح الوجهين.

قال في «البحر»: ومن حَدَّهُ بثلاثة(٣) أيام أراد: الأخذ في الإحياء والابتداء به، وأما إتمام العمل فقد لا يمكن إلا في أيام كثيرة.

وفي «الذخائر»: أن الشيخ أبا حامد قدر المدة القريبة من عشرة أيام إلى شهرين، والبعيدة: ما زاد على الشهرين.

قال: «وإن لم يُحْيِ» أي: في المدة المقدرة له بعد الاستمهال «جاز لغيره أن يحييه» أي: سواء [أذن](٤) في ذلك الإمام أم لا؛ لأنه لم يبق له حق بعد انقضاء المدة فاندرج المحيي في عموم قوله - عليه السلام-: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَ

---

(١) سقط في جـ.

(٢) أخرجه البخاري (٦/ ٢٥٤) كتاب الجهاد والسير: باب أهل الدار يُبيتون (٣٠١٢).

(٣) في جـ: ثلاثة.

(٤) سقط في جـ.

فِيهَا حَقُّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ»[١]، لكن إذا كان[٢]: قد أسس الأَسَّ، وبنى بعض الحيطان - لا يتسلط الغير على البناء على ذلك، ولا على أن يملكه مجانًا، وله قلع ذلك.

قال الإمام: وأرى[٣] أن ذلك مشروط بإلزام ضمان النقض الذي يحدثه القلع؛ فإن الذي بنى كان له أن يبني، وكل من بنى بناء مباحًا ثم سلط الشرع على نقضه فعلى الناقض أرش ما ينقضه القلع. وما ذكره من الترتيب هو طريق أبي حامد والقاضي الحسين والمتولي، وطريقة الغزالي وإمامه: أن التحجر [يبطل][٤] بطول الزمان وتركه العمارة في غير مدة التهيؤ لها، وإن لم يرفع الأمر إلى السلطان ولم يخاطبه بشيء، وسواء كان التأخير عن عذر مثل أن يغيب أو يحبس، أو لا عن عذر.

[و][٥] وجه ذلك بأن التحجر ذريعة إلى العمارة، وهي لا تؤخر عن التحجر إلا بقدر تهيئة أسبابها، وكذلك لا يعتبر التحجر ممن لا يتمكن من تهيئة الأسباب: كفقير[٦] يتحجر منتظرًا لقدرة عليها، ولا من متمكن[٧] يتحجر ليعمر في السنة القابلة؛ فإذا أخر، وطالت المدة، عاد الموات كما كان، وهذا قد حكاه الشيخ أبو حامد عن أبي إسحاق.

ثم لو ابتدر إنسان، وأحيا قبل أن تطول المدة المسلطة[٨] على إبطال حق المتحجر - فهل يملك به؟ فيه وجهان في الطريقين:

مختار أبي إسحاق المروزي، والشيخ أبي حامد - كما حكاه في «البحر» منهما: أنه يملك مع كونه مسيئًا، وهو الذي صححه الرافعي والقاضي الحسين؛ لعموم قوله - عليه السلام-: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»، ولأن الأول أثر فيها أثرًا لم يملكها به، والثاني أثر [فيها][٩] أثرًا يملك الأرض به؛ فكان أولى.

ومقابله: حكاه القاضي ابن كج عن النص.

قال الإمام: وقد بنى أئمتنا هذا الخلاف على خلاف سيأتي في أن الظبية

---

(١) تقدم.
(٢) في جـ: قلنا.
(٣) في جـ: ورأيي.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: كفقر.
(٧) في جـ: مسلم.
(٨) في جـ: السلطة.
(٩) سقط في جـ.

والطائر إذا عشَّشا في ملك رجل، فباض وأفرخ، وأخذ غيره الفرخ أو البيض - هل يملكه، أو لا

على قولنا: إن صاحب الدار لا يملك الفرخ بذلك كما هو الصحيح؟ وقد رأى الإمام في «باب الصيد والذبائح» أن امتناع ملك المحيى هاهنا أولى من امتناع ملك آخذ الفرخ؛ لأن المتحجر قصد أن يتملك فكان حقه آكد، و الذي حصل الصيد في ملكه [لم يقصد](١) تملكه ولا النسب إليه؛ فكان أخذ الصيد بالملك أقرب. ثم قال هاهنا: ومما يتصل بذلك: أن المتحجر إذا أخذ في العمارة، وكان يمهد الأساس، وبنى بعض الجدران - فقد ذكرنا أن هذا القدر لا يثبت له الملك، ولو ابتدر مبتدر إلى إحياء هذه البقعة فيجب القطع بأنه لا يملكها، والاختلاف السابق في الابتدار(٢) إلى عمارة البقعة المتحجرة، وسببه: أن العمارة أولى وإن كان المتحجر أسبق، ورأى بعض الأصحاب تقديم السبب الأقوى على السبب الأسبق؛ فإن التحجر ليس من العمارة، وهاهنا قد ابتدر المتحجر إلى العمارة؛ فله حق السبق والتمسك بالسبب الأقوى. وعكس الماوردي ذلك فقال: إن أكمل المتغلب إحياءها قبل أن يشرع المتحجر في عمارتها وقبل استكمالها، فأكمل المتغلب الإحياء وتمم العمارة - ففيه الوجهان، ويكون المتغلب(٣) متطوعًا بالنفقة على قولنا: إنها ملك للمتحجر.

فرع: استحقاق الوقوف بعرفة هل ينزل منزلة التحجر حتى يمتنع إحياؤه؟ فيه وجهان:

أحدهما: المنع، وبه أجاب المتولي.

وقال الرافعي: إنه أشبه بالمذهب؛ تشبيها لذلك بالمواضع التي تتعلق بها حقوق المسلمين عمومًا أو خصوصًا: كالمساجد، والطرق، والرباطات.

والثاني - [و](٤) هو الذي ذهب إليه القيَّاسون-: جواز الإحياء حيث لا تضييق. وعلى هذا: هل يبقى حق الوقوف؟ فيه وجهان. وإذا بقي فمحله إذا ضاق الموقف، أو مع اتساعه وضيقه؟ فيه وجهان.

قال: «وإن أقطع الإمام مواتًا صار المقطع كالمتحجر» أي: في اختصاصه

---

(١) سقط في ج.
(٢) في د: الابتداء.
(٣) في ج: المغلب.
(٤) سقط في ج.

بذلك في حياته، وانتقاله إلى وارثه، وسقوط حقه عند عدم العمارة بالشرط المتقدم[(١)]، وجواز بيعه على أحد الوجهين، كما صرح به القاضي الحسين.

ودليل جواز الإقطاع: ما روي أن النبي ﷺ أقطع الدُّورَ بالمدينة[(٢)].

وروي عن عمرو بن حريث قال: خط لي رسول الله ﷺ دارًا بالمدينة بقوس، وقال: «أَزِيدُكَ [أَزِيدُكَ][(٣)]؟»[(٤)] خرجه أبو داود. وكذا[(٥)] خرج عن وائل بن حجر: أنه - عليه السلام - أقطعه أرضًا بحضرموت[(٦)]. وقال الترمذي: حديث حسن [صحيح][(٧)].

ودليل الاختصاص ظهور فائدة الإقطاع.

ووجه بطلان حقه عند الإطالة: مساواته[(٨)] المتحجر في إثبات الاستحقاق.

وحكى المراوزة وجهًا: أن من تعدى بعد الإقطاع وأحيا لا يملك، وإن قلنا: إنه يملك إذا أحيا [ما][(٩)] تحجر.

ولا يجوز للإمام أن يقطع إلا ما يقدر المقطع على إحيائه.

تنبيه: قال أهل اللغة: استقطعت الإمام قطيعة، أي: سألته إياها. وأقطعنى، أي: أذن لي فيها وأعطانيها[(١٠)]. وسميت: قطيعة؛ لأنه اقتطعها[(١١)] من جملة الأرضين.

قال: «**وما بين العامر من الشوارع والرحاب ومقاعد الأسواق لا يجب تملكها بالإحياء**» ؛ لأن إحياء الموات [جُوِّزَ][(١٢)]؛ رفقًا بالمسلمين، وإحياء ذلك إضرار بهم.

---

(١) في جـ: المقدم.

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٠/ ٢٧٤) برقم (١٠٥٣٤) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه، قال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٩٧): ورجاله ثقات.

(٣) سقط في د.

(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ١٨٩) كتاب الخراج: باب في إقطاع الأرضين (٣٠٦٠) وإسناده لين.

(٥) في جـ: كما.

(٦) أخرجه أبو داود (٢/ ١٨٩) كتاب الخراج: باب في إقطاع الأرضين (٣٠٥٨)، (٣٠٥٩)، والترمذي (٣/ ٥٨) كتاب الأحكام: باب ما جاء في القطائع (١٣٨١)، وأحمد (٦/ ٣٩٩)، وقال الترمذي حديث صحيح.

(٧) سقط في د.

(٨) في جـ: مساوان.

(٩) سقط في د.

(١٠) في جـ: أعطالي.

(١١) في جـ: أقطعها.

(١٢) سقط في جـ.

والشوارع: جمع شارع، وهو الطريق [الكبيرة][1]. يقال: شرع[2] الطريق.
والرحاب: [جمع رحبة، وهو المكان المتسع][3].

قال: «ولا يجوز فيها البناء» أي: لقصد الارتفاق كما يفعل في الآبار؛ لما في ذلك من التضييق على المارة، وتضرر من يعثر [به][4] في الليل[5].

قال: «ولا البيع ولا الشراء» أي: لا تباع ولا يشتري من الأئمة؛ لكونها غير مملوكة.

قال: «ومن سبق إلى شيء منها جاز [له][6] أن يرتفق بالقعود فيه» أي: للبيع والشراء والاستراحة «ما لم يضر بالمارة»؛ لقوله ﷺ «مِنًى مُنَاخُ مَنْ سَبَقَ»[7]، ولاتفاق أهل الأمصار على ذلك.

وليس لغير السابق أن يضايق السابق في موضعه، ولا أن يجلس بقربه في موضع يضيق عليه الكيل والوزن والأخذ والعطاء، وموضع متاعه[8] وموقف[9] المعاملين أو تمنعهم من رؤيته والتوصل إليه، وله أن يظلل[10] بما لا يضر بالمارة[11] من بارية أو ثوب؛ لأن الحاجة تدعو إليه[12].

وهذا ما ذكره الجمهور ووافقهم الماوردي على ذلك في الشوارع والطرقات، وقال فيما يختص الارتفاق فيه بأفنية المنازل والأملاك - كمقاعد الباعة والسوقة في أفنية الدور وحريمها-: إنه ينظر فإن أضر ذلك بأرباب الدور لم يجز [إلا بإذن مالك الدار، وإن كان لا يضر بالدار ولا بمالكها فهل يجوز بذلك دون إذن

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: أشرعت.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: بالليل.
(٦) سقط في د.
(٧) أخرجه الترمذي (٢/ ٢١٨)، كتاب الحج: باب ما جاء أن منى مناخ من سبق (٨٨١)، وابن ماجه (٤/ ٤٧١) كتاب المناسك: باب النزول بمنى (٣٠٠٦)، (٣٠٠٧)، وأبو داود (١/ ٦١٦) كتاب المناسك: باب تحريم حرم مكة (٢٠١٩)، وابن خزيمة (٢٨٩١)، وأبو يعلى (٤٥١٩)، من حديث عائشة.
وقال الترمذي: حديث حسن.
قلت: بل إسناده ضعيف، فيه جهالة.
(٨) في جـ: مباعه.
(٩) في جـ: وموضع توقف.
(١٠) في جـ: يطل.
(١١) في د: ضرر فيه على المارة.
(١٢) في د: ذلك.

مالكها، أو لا يجوز](١) إلا بإذنه؟ فيه قولان، وعلى قول الافتقار إلى إذنه لا يجوز أن يأخذ عليه أجرة، كما لا يجوز أن يأخذ عليه بانفراده ثمنًا؛ لأنه تبع الملك(٢) وليس يملك، وعلى هذا: فلو كان مالك الدار مولى عليه، لم يجز لوليه الإذن.

وحكم فناء المسجد حكم فناء الدار: إن أضر بأهله، لم يجز الجلوس فيه، وإن لم يكن فيه إضرار، فهل يلزم استئذان الإمام؟ فيه وجهان.

[تنبيه: قوله: «ما لم يضر» هو بضم الياء وكسر الضاد، ويقال: ضره يضره - بفتح الياء وضم الضاد - وأضر به وأضره، يضره - بضم الياء وكسر الضاد - لغتان](٣).

قال: فإن قام؛ ونقل عنه قماشه، كان لغيره أن يقعد فيه ؛ لزوال يد الأول عنه، ولو لم ينقل قماشه، لم يكن لغيره أن يقعد فيه.

قال القاضي أبو الطيب: كما لو قام من المسجد، وترك في موضعه منديله أو سجَّادته.

تنبيه: القماش معروف، وهو [من](٤): قمشت الشيء، وقمشته - بالتشديد - أيضًا أي: جمعته من هنا وهنا.

ثم ظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون قيامه لأجل الليل أو لا، وهو ما حكاه أبو الطيب والماوردي، وكذلك المتولي، ونقله عن الشافعي، ونسبه الرافعي إلى الإصطخري وقال: إن الأشبه بالمذهب - ما ذكره الإمام - أنه إن مضى(٥) زمان تنقطع فيه ألفة من عامله، بطل حقه، وإن كان دونه، لم يبطل؛ لأن الغرض تعيين الموضع لكي يعرف فيعامل - وأنه لا فرق بين أن تكون المفارقة لعذر كسفر أو مرض، أو لغير عذر. وعلى هذا: فلا يبطل حقه بالرجوع إلى بيته بالليل، وليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني - وأن الأسواق التي تقام في كل أسبوع أو كل شهر إذا اتخذ فيها مقعدا كان أحق به في النوبة الثانية، وهذا إذا لم يكن من الجوَّالة، أما الجوال الذي يقعد في كل يوم في موضع، فإنه إذا قام؛ بطل

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: المالك.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في د: تقضي.

حقه. والمذكور في «الوسيط» و«الإبانة»: أنه متى قام لأجل الليل، لم يبطل حقه، وكذا إذا غاب يومًا أو يومين لمرض أو شغل، وإذا طالت غيبته بطل حقه، وظاهر كلام الشيخ - أيضًا - أنه لا فرق في السابق بين أن يكون مسلمًا أو ذميًّا، وقد حكى القاضي ابن كج في ثبوت هذا في حق الذمى وجهين.

فرع: لو أراد غيره أن يجلس في مدة غيبته القصيرة للمعاملة إلى أن يعود فهل يمكن منه؟ فيه وجهان، أظهرهما: الجواز؛ كى لا تتعطل منفعة الموضع في الحال.

قال: فإن[١] **طال مقامه وهناك غيره** أي: محتاجًا إليه، أو سبق اثنان إليه - «**أقرع بينهما**» ؛ توخيًا[٢] للتسوية[٣]، وهذا هو الأصح.

وقيل: **يقدم الإمام أحدهما** ؛ لأن له نظرًا واجتهادًا يدفع به المنازعة.

وحكى الماوردي: أن أصل هذا الخلاف اختلاف الأصحاب في أن نظر الإمام في المقاعد مقصور على كفهم عن التعدى ومنعهم من الإضرار، أو نظره نظر مجتهد فيما يراه صلاحًا من إجلاس ومنع وتقديم كما يجتهد في أموال بيت المال؟ فالأول مبنى على الأول، والثاني على الثاني.

وقيل: للإمام أن يقيم من طال مقامه وإن لم يكن هناك غيره؛ كى لا يصير ذريعة إلى تملكه وادعائه، حكاه في «المهذب» وغيره.

تنبيه: ميم مقامه مضمومة، والمعنى: إقامته. والمقام - بالفتح-: موضع الإقامة.

قال: وإن[٤] **أقطع الإمام شيئًا من ذلك، صار المقطع أحق بالارتفاق به**؛ لأن إقطاع الإمام في الموات قائم مقام السبق والتحجر فكان هنا مثله، وهذا ما نص عليه الشافعي، وعليه الأكثرون.

وقيل: لا مدخل[٥] لإقطاع الإمام في هذا الارتفاق؛ لأنها منتفع بها على صفتها من غير عمل فأشبهت المعادن الظاهرة، وهذا ما جعله الغزالي أظهر، ويقال: إنه اختيار القفال، وجعل الماوردي أصل [هذا][٦] الخلاف [الخلاف][٧]

---

(١) في التنبيه: وإن.
(٢) في جـ: ترجيًا.
(٣) في جـ: للسوية.
(٤) في التنبيه: فإن.
(٥) في د: يدخل.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في جـ.

الذي تقدم في كيفية نظر الإمام فيها.

واعلم أن ظاهر كلام من جوز الإقطاع - من الشيخ والقاضي أبي الطيب وابن الصباغ - ومن منعه، يقتضي أن الإقطاع خاص بالارتفاق لا في جواز التملك، وقد حكى الرافعي في كتاب الجنايات عند الكلام في حفر الآبار عن العراقيين والروياني والمتولي: أنهم جوزوا للإمام أن يخصص قطعة من الشارع ببعض الناس، وله أن يحفر فيها بئرًا لنفسه - إذا كان غير مضر - بإذن الإمام. وحكى عن الأكثرين في إحياء الموات: أنهم جوزوا للمقطع أن يبني في الشوارع ويتملك(١)، و الذي حكاه هاهنا أن العبادي في «الرقم» وابن طاهر [في](٢) «شرح مختصر الجويني» رويا وجهًا(٣): أن للإمام أن يتملك من الشوارع ما يفضل عن حاجة الطروق.

قال: فإن(٤) **قام ونقل عنه قماشه لم يكن لغيره أن يقعد فيه**؛ لتأكيد حال الإقطاع، ويخالف غير المقطع؛ لأن استحقاقه كان بقعوده، وبقيامه زال، وهنا الاستحقاق بالإقطاع والإقطاع باقٍ، وهذا ما صار إليه الجمهور، كما حكاه [القاضي](٥) أبو الطيب وابن الصباغ والمتولي والروياني.

وقيل: إن حكمه حكم من لم يقطع إذا لم يكن جوالًا - وقد تقدم - حتى حكى القاضي الحسين في إزعاجه عند طول مقامه الوجه السابق.

فروع:

من جلس في المسجد ليقرأ عليه القرآن أو يتعلم منه الفقه أو ليستفتى، قال الغزالي، والشيخ أبو عاصم العبادي: الحكم فيه كما في مقاعد الأسواق.

قال الرافعي: وحكى الماوردي أنه مهما قام بطل حقه، وكان السابق إليه أحق به.

قلت: وكذا قال به في مقاعد الأسواق، وكان اللفظ [الأول](٦) مُغْنيًا عنه. وفي حال الإقامة يمنع من استطراق حلقة الفقهاء والقراء في الجامع توقيرًا، ولا يفتقر في الترتب في المسجد للتدريس والفتوى إلى إذن الإمام إذا كان من مساجد

---

(١) في د: ويملك.
(٢) سقط في د.
(٣) في ج: وجهان.
(٤) في التنبيه: وأن.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في د.

المحال[١]، ويعتبر إذنه في الجوامع وكبار المساجد إذا كانت عادة البلدة فيه الاستئذان، وهذا كما ذكر في الترتيب للإمامة.

ومن جلس في المسجد للصلاة لا يختص به في غير [ذلك][٢] الصلاة إذا قام، بخلاف مقاعد الأسواق على رأي؛ لأن الصلاة في بقاع المسجد لا تختلف، والمقاعد تختلف باختلاف غرض[٣] المعاملين بها، وأما في تلك الصلاة التي حضرها فهو أحق بها لموضع فيها، وليس لغيره أن يزعجه، فإن فارقه إجابة لمن دعاه، أو لرعاف، أو قضاء حاجة، أو تجديد وضوء، فوجهان ذكرهما ابن كج وغيره:

وأصحهما: أنها لا تبطل، ولا فرق على الوجهين بين أن يترك رداءه فيه أم لا.

والذي جزم به القاضي أبو الطيب: أنه إن ترك منديله أو[٤] سجادته لا يبطل، وإلا بطل، ولو فارقه من غير عذر حادث فقد بطل حقه.

والرباطات المسبلة في الطرق وعلى أطراف البلاد، إذا سبق إلى موضع منها سابق صار أحق به وليس لغيره إزعاجه سواء دخل بإذن الإمام أو بدون إذنه، إلا أن يكون الواقف قد جعل له ناظرًا وشرط إذنه في الدخول، وإذا دخل لا يبطل حقه بالخروج كشراء طعام أو قضاء حاجة ونحوهما، وإن نقل [عنه][٥] قماشه؛ لأنه قد لا يأمن عليه.

ولو سبق اثنان على موضع وضاق، فالحكم كما ذكرنا في مقاعد الأسواق.

وإذا أقام المسافر في الرباط أكثر من مدة المسافرين - وهي ثلاثة أيام - أزعج، إلا أن يشترط الواقف زيادة عليها، أو يعرض عذر من مطر أو غيره يمنعه من الخروج.

والحكم في المدارس والخانقات إذا نزلها من هو من أهلها، كالحكم في الرباطات إلا في الإزعاج، وإذا سكن بها بيتًا مدة، ثم غاب أيامًا قليلة فهو أحق إذا عاد، وإن طالت غيبته بطل حقه.

ولا يُزْعَج الفقيه قبل استتمام غرضه، إلا أن يترك العلم والتحصيل فيزعج،

---

(١) في جـ: الحال.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: يختلف عرض.
(٤) في جـ: و.
(٥) سقط في د.

وفي الخانقاه لا يمكن هذا الضبط؛ ففي الإزعاج إذا طال المكث - ولا شرط من جهة الواقف، وكذا من طال عكوفه في المسجد - وجهان كما ذكرنا في الشوارع، والأظهر - وبه قال أبو إسحاق-: أنه لا يزعج.

قال: ومن حفر معدنًا باطنًا **أي: في موات بقصد التملك** وهو الذي يتوصل إلى نيله[١] **أي: إلى ما يخرج منه فإن كان وضعه الغطاء.**

قال: بالعمل كمعدن الذهب والفضة والحديد وغيرها **أي: كالفيروج والياقوت والرصاص والنحاس،** فوصل إلى نيله، ملك نيله **؛ لاستيلائه عليه.**

وعن الشيخ أبي محمد تردد في [عد][٢] حجر الحديد ونحوه من المعادن الباطنة، [أم الظاهرة][٣]؛ [لأن ما فيها من الجواهر بادٍ على الحجر والظاهر الأول؛ لأن الحديد لا يستخرج إلا بمعاناة وليس البادى على الحجر عين الحديد، وإنما هو مخيلته[٤].

قال: «وفي المعدن» **أي: البقعة التي تحتها الذهب والفضة** قولان: أحدهما: يملكه إلى القرار **؛ لأنه لا يتوصل إلى منفعته إلا بعمل فيه التزامُ مؤنة؛ وكان كغيره من أراضي الموات؛ فعلى هذا: إحياؤه هو العمل الذي يتوصل به إلى نيله، وإذا مات ورث [عنه][٥]، ولا يجوز لغيره أن يعمل فيه وإن طالت غيبته عنه.**

ويملك مع المعدن عند الوصول إلى النيل ما حواليه بما يليق بجريمه وهو قدر ما يقف فيه الأعوان والدواب على حسب الحاجة - كما ذكرنا في البئر - حتى قال البندنيجي: إنه يملك طول الحفر من كل جانب إن كان الثور يمشى فيه كما يفعل الناضح. ومن جاوز الحريم، وحفر، لم يمنع وإن وصل إلى عِرْق الأول، كما صرح به البندنيجي وغيره؛ موجهًا ذلك بأنه لا يملك إلا ما قابل قدر ملكه.

والثاني: أنه لا يملكه**؛ لأن الموات لا يملك إلا بعمارة، وحفر المعدن تخريب، ولأن الموات إذا ملك لا يحتاج في تحصيل المقصود منه إلى مثل ذلك**

---

(١) في التنبيه: لا يتوصل إلى نيله إلا بالعمل.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: تخليه.
(٥) سقط في د.

العمل، وهاهنا إذا عمل مرة أخرى احتاج إلى عمل مثله لإخراج النيل.

قال أبو إسحاق: وهذا[١] أشهر القولين، وهو الذي صححه الشيخ في «المهذب»، وكذلك المسعودي والروياني، وعلى هذا قال: **فإذا انصرف كان غيره أحق به؛** كما في مقاعد الأسواق. **فإن طال مقامه وهناك غيره، أو سبق اثنان إليه أقرع بينهما، وقيل: يقدم الإمام أحدهما،** وتوجيههما ما سبق في المقاعد. والوجه السابق في أنه يزعج - وإن لم يكن ثم غيره - مطردٌ هنا، ومنهم من قطع هاهنا بعدمه؛ لأنه لا يحصل النيل إلا بتعب ومشقة.

وقيل: يقسم بينهما [كما][٢] في المعدن الظاهر، حكاه في «البحر»، ومنهم من لم يجزه هنا؛ لأنه يحتاج إلى إنفاق، وليس على الإمام أن ينفق عليه؛ لينال غيره، أما إذا لم يقصد التملك بل قصد الحفر؛ لينال ويتصرف فلا يملك قولًا واحدًا، قاله البندنيجي.

قال: «**وإن أقطع الإمام شيئًا من ذلك [جاز]**[٣]**، فإن قلنا: إنه يملك المعدن بالعمل، صح الإقطاع، وصار المقطع**[٤] **أحق [به]**[٥] **من غيره**» كالموات، وعلى هذا: إذا لم يحفر كان حكمه حكم المتحجر إذا لم يعمر، صرح به في «البحر».

قال: «**وإن قلنا: إنه لا يملك، ففي الإقطاع قولان:**

أحدهما: لا يصح؛ لأنه معدن لا يملك بالإحياء فلا يصح إقطاعه؛ كالمعدن الظاهر.

والثاني: يصح فيما يقدر على العمل فيه»؛ لأن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث[٦] المزني معادن القَبَلِيَّة جَلْسَيَّها وغَوْرِيَّها[٧]، وحيث يصلح الزرع من قوس[٨]. خرجه أبو داود.

---

(١) في جـ: فهذا.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: المقطع.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: الحرث.
(٧) في جـ: للقبلة جليها وعورتها.
(٨) أخرجه أحمد (١/ ٣٠٦)، وأبو داود (٢/ ١٩٠) كتاب الخراج: باب في إقطاع الأرضين (٣٠٦٢)، من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، وإسناده ضعيف لضعف كثير بن عبد الله.

وفي رواية: «جَلْسَها[١] وغَوْرَها، وَلَمْ يُعْطِهِ حَقَّ مُسْلِمٍ»[٢].

وقوله: جلسيها وغوريها» فيه تأويلان[٣]:

أحدهما[٤]: أنه أراد: رباها ووهادها، قال الأصمعي: كل مرتفع جلس، والغوري ما انخفض من الأرض.

الثاني: وبه قال أبو عبيد وابن قتيبة: أن الغوري: ما كان من بلاد تهامة، والجلسي: ما كان من بلاد نجد، ولأنه لا يتوصل إليه إلا بالرجال والمؤن والعمل الكثير، وليس كذلك [في] الظاهرة؛ لأنه يستوى في الأخذ منها القوي والضعيف، وهذا ما حكاه القاضي الحسين؛ تفريعًا على عدم الملك بالإحياء، وصححه الرافعي.

فرعان: على القول بأنه ملك المعدن بالإحياء:

أحدهما: إذا باع المعدن هل يصح؟ الذي جزم به القاضي الحسين والفورانى: أنه لا يصح؛ لأن المقصود منه النيل، وهو متفرق في طبقات الأرض مجهول القدر والصفة؛ فصار كما لو جمع قدرًا من تراب المعدن وفيه النيل وباعه، وجعل القاضي أبو الطيب منع البيع بالاتفاق دليلًا على أنه لا يملك المعدن بالإحياء، وحكى الإمام وجهًا آخر في جوازه؛ لأن مورد البيع فيه المعدنُ، والنيلُ فائدتُهُ، ورَفَعَهُ.

الثاني: إذا قال لغيره: اعمل واستخرج النيل، ففعل - ففي استحقاقه الأجرة الخلاف في الغسال.

ولو قال[٥]: استأجرتك فما تستخرجه فهو لك أجرة، قال الإمام: فالظاهر استحقاق الأجرة، وهو الذي جزم به الفورانى في «الإبانة»، وحكى الخلاف فيما إذا كان بصيغة الجعالة، ولو قال: اعمل لنفسك، ففعل - فالنيل للمالك، وهل[٦] يستحق الأجرة؟

الذى ذهب إليه الجمهور: عدم الاستحقاق، وهو الذي صححه القاضي الحسين.

---

(١) في د: جلستها.
(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٦٣) في الموضع السابق.
(٣) في جـ: تأويلات.
(٤) في جـ: أحدها.
(٥) في جـ: وإذا قال.
(٦) في جـ: فهل.

وذهب ابن سريج إلى الاستحقاق، وقرب الأئمة هذا الخلاف من الخلاف في استحقاق الأجير في الحج الأجرة عند صرفه [إحرامه](١) إلى نفسه، بعد انعقاد إحرامه عن المستأجر؛ ظانًّا أنه ينصرف(٢).

قال الإمام: وعندي: أن الصورة التي ذكرناها بعيدة عن استحقاق الأجرة؛ إذ لا استعمال فيها، وإنما جرى الإذن إطلاقًا ورفعًا، وليس كمسألة الحج؛ فإن المستأجر استعمله أولًا، ثم انصرف إليه العمل آخرًا(٣)؛ فلا يبعد أن يلغو القصد الفاسد من الأجير، وليت شعرى [ما](٤) يقول ابن سريج إذا عمل ولم يستفد شيئًا؟! فإن جرى على قياسه في إثبات الأجرة كان في نهاية البعد إذا لم يحصل نيل هو شوقه ومتعلَّق طمعه، وعلى كل حال فهل يكون ما يخرج من المعدن في يد العامل مضمونًا أو أمانة؟ فيه وجهان حكاهما القاضي الحسين.

ولو قال: اعمل فما تستخرجه، فهو بيننا، لم يصح؛ لأن العوض ينبغي أن يكون معلومًا.

قال في «الشامل»: وليس كما لو شرط جزءًا من الربح أو الثمرة في القراض والمساقاة للعامل؛ لأنه جعل عوض(٥) العمل هنا جزءًا من الأصل فهو كما لو شرط للعامل جزءًا من رأس المال، وعلى هذا: فلا شك أنه يستحق نصف الأجرة، وهل يستحق النصف الآخر؟ فيه الخلاف السابق، حكاه الإمام.

ولو قال: اعمل وما استخرجته فلك منه عشرة دراهم، لم يصح؛ لأنه ربما لا يحصل هذا القدر.

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ يقتضي أن الكلام مفروض فيما إذا كان النيل متحقق الوجود، لكن لا يصل إليه إلا بالعمل، والسكوت عما عداه، وقد حكى الماوردي عن الأصحاب في أن ما يعلم ظهور نيله يقينًا هل يجري عليه حكم الموات في جواز إقطاعه وتأبيد ملكه بالإحياء، أم يجري عليه حكم المعادن الظاهرة؟ ونسب الأول إلى ابن أبي هريرة وصححه.

قال: ومن سبق إلى معدن ظاهر، [وهو الذي](٦) يتوصل إلى ما فيه

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: يتصرف.
(٣) في جـ: أخيرًا.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: بعض.
(٦) سقط في التنبيه.

بغير[(١)] **عمل: كالقار، والنفط، والمومياء، والياقوت، والبلور[، والبرام،][(٢)] والملح، والكحل[(٣)]، والجص، والمدر.**

وفي بعض شروح «المفتاح» عد الملح الجبلى من المعادن الباطنة، وفي «التهذيب» عد الكحل والجص منها، وهما محمولان على [ما إذا أحوج إظهارهما إلى حفر - كما قال الرافعي - وحينئذ فكلام الشيخ يخرجهما، ويدخل][(٤)] ما إذا أظهر السيل قطعة ذهب أو أتى بها، كما صرح به الرافعي والبندنيجي في كونها من المعادن الظاهرة.

[قال][(٥)]: أو إلى شيء من المباحات كالصيد[(٦)] **والسمك، وما يؤخذ من البحر من اللؤلؤ والصدف، وما ينبت في الموات من الكلأ والحطب، وما ينبع من المياه في الموات، وما يسقط من الثلوج، وما يرميه الناس رغبة عنه، أو ينتشر[(٧)] من الزروع والثمار وتركوه رغبة، عنه فأخذ شيئًا منه - ملكه»** أي مسلمًا كان الآخذ أو كافرًا؛ لقوله ﷺ: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا [لَمْ][(٨)] يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[(٩)]، مع قوله ﷺ لما رأى تمرة ملقاة: «لَوْلَا أَخْشَى أَنْ تَكُونَ مِنْ تَمْرِ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا»[(١٠)] كما خرجه البخاري، وهكذا الحكم فيما إذا لم يأخذ لكنه سبق، ثم جاء غيره: فالأول مقدم، وبأى قدر يستحق التقديم؟ عبارة أكثرهم: أنه يقدم بقدر حاجته التي يقتضيها العرف لأمثاله، فإن أراد الزيادة على ذلك فوجهان:

أحدهما: لا يزعج، ويأخذ بحق السبق ما شاء؛ للحديث.

وأظهرهما: أنه يزعج؛ فإن العكوف[(١١)] عليه كالتحجر والتحويط المانع للغير.

وجزم الماوردي بإزعاجه إذا كان بقاؤه يمنع غيره، وحكى الخلاف فيما إذا

---

(١) في د: من غير.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: والكلح.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: كالصدق.
(٧) في التنبيه: انتثر.
(٨) سقط في د.
(٩) تقدم.
(١٠) أخرجه البخاري (٥/ ١٠٣)، كتاب اللقطة، باب: إذا وجد تمرة في الطريق (٢٤٣٢)، ومسلم (٢/ ٧٥١) كتاب الزكاة: باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ وعلى آله (١٦٢، ١٦٣- ١٠٧٠)، (١٦٤-١٠٧١) من حديث أنس -رضي الله عنه.
(١١) في جـ: العلوق.

كان لا يمنع غيره.

ولا خلاف في المعدن الظاهر أنه لا يختص به المتحجر، ولا يملكه أحد بالإحياء والعمارة وإن أراد بها النيل، حتى لو حوط على بعض هذه المعادن بناء واتخذ عليه دارًا أو بستانًا لم يملك البقعة؛ لفساد قصده فإن المعدن لا يتخذ لذلك، وأشار في «الوسيط» إلى خلاف فيه، وكأنه أخذه من خلاف حكيناه عن الإمام في نظير(١) المسألة في المعدن الباطن.

تنبيه: النفط(٢) - بكسر النون وفتحها-: دهن معروف.

المومياء - بضم الميم الأولى، وكسر الثانية ممدود-: معدن من معادن البادية.

البرام - بكسر الباء-: جمع: برمة، وبضمها: حجر يتخذ منه القدر.

المدر - بفتح الميم والدال-: الطين الشديد الصلب.

اللؤلؤ معروف، وفيه أربع لغات قرئ بهن في السبع: لؤلؤ بهمزتين، و«لولو» بغير همز، وبهمزة أوله دون ثانيه(٣)، وعكسه: قال جمهور أهل اللغة: اللؤلؤ: الكبار، والمرجان: الصغار. وقيل: عكسه.

الصدف: غشاء الدر، واحدته: صدفة.

قال: وإن سبق اثنان إلى ذلك وضاق عنهما: فإن كانا يأخذان للتجارة قسم بينهما؛ لعدم المزية، وكيفية القسمة: أن يُهَايَأ بينهما فيه، فإن تشاحا(٤) في السبق أُقْرِع.

قال: وإن كانا يأخذان القليل للاستعمال، فقد قيل: يقرع بينهما؛ لانتفاء المرجح، مع أن للقرعة مدخلًا عند تساوي الحقوق، وهذا ما صححه القاضي أبو الطيب وغيره. [وقيل: يقسم الإمام بينهما؛ حِذَارًا عن تأخير الحق](٥). وقيل: «يقدم» الإمام «أحدهما» أي: بالاجتهاد، وظهور الأحقية كما يفعل في أموال بيت المال.

وهذا الذي ذكره الشيخ [بجملته](٦) نسبه البندنيجي إلى أبي إسحاق المروزي، وقد حكى الرافعي هذه الأوجه فيما إذا كانا يأخذان للتجارة، وقال: إنه الأشهر،

---

(١) في جـ: نظر.
(٢) في جـ: النقص.
(٣) في جـ: الثانية.
(٤) في جـ: تشاكا.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في د.

وإنه يشبه[١] - على قياس ما قاله العراقيون - أن يقال: إن كان أحدهما تاجرًا والآخر محتاجًا يقدم المحتاج.

قال: فإن أقطع الإمام شيئًا من ذلك لم يصح إقطاعه ؛ لما روت بهيسة عن أبيها أنه قال:«يَا نَبِيَّ اللَّهِ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنْعُهُ ؟ قَالَ: «الْمَاءُ»، قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنْعُهُ ؟ قَالَ: «الْمِلْحُ»، قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنْعُهُ ؟ قَالَ: «أَنْ تَفْعَلَ الْخَيْرَ خَيْرٌ لَكَ»[٢].

ولما روى ثابت عن سعيد عن أبيه عن جده الأبيض بن حمال المازنى أنه استقطع رسول الله ﷺ ملح مارب، فأقطعه، فقال الأقرع بن حابس التميمى: يا رسول الله، إنى قد وردت الملح [في الجاهلية][٣]، وهو بأرض ليس فيها ملح، ومن ورده أخذه، وهو مثل الماء [العِدِّ بأرض][٤]، فاستقال الأبيَض من قطيعته الملح، فقال الأبيض: قد أقلتك[٥] منه على أن تجعله منى صدقة، فقال - عليه السلام-: «هُوَ مِنْكَ صَدَقَةٌ، وَهُوَ مِثْلُ الْمَاءِ الْعِدِّ مَنْ وَرَدَهُ أَخَذَهُ»[٦]، خرجه أبو داود.

والمارب - غير مهموز-: موضع.

والعد - بكسر العين-: مجمع الماء، قاله الخليل.

وقال الأزهري: الماء العد: الكثير الذي لا ينقطع كماء البئر، وماء العين.

قال أبو الطيب: ولأن المسلمين أجمعوا على أنه لا يجوز أن يقطع السلطان مشارع الماء فيجعله أحق بها من غيره؛ فكذلك لا يجوز أن يقطعه شيئًا من المعادن الظاهرة؛ لأنه بمنزلة الماء من حيث إنها بارزة ظاهرة لا يحتاج في

---

(١) في جـ: نسبه.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٩٩) كتاب البيوع: باب في منع الماء (٣٤٧٦)، وفي إسناده جهالة.

(٣) سقط في جـ.

(٤) في جـ: في أرض.

(٥) في جـ: أقليك.

(٦) أخرجه ابن ماجه (٤/ ١١٠) كتاب الرهون: باب إقطاع الأنهار والعيون (٢٤٧٥)، والدارقطني (٤/ ٢٢١) من طريق فرج بن سعيد بن علقمة ابن سعيد بن أبيض بن حمال قال حدثني عمي ثابت بن سعيد بن أبيض بن جمال عن أبيه سعيد عن أبيه أبيض بن جمال فذكره.
وإسناده ضعيف لجهالة ثابت بن سعيد وأبيه.
وأخرجه أبو داود (٢/ ١٩١) كتاب الخراج: باب في إقطاع الأرضين (٣٠٦٦) من الطريق السابق بلفظ غير لفظ المصنف.

تحصيلها واستخراجها إلى مؤنة وعمل.

قال: «فإن كان من[(١)] **ذلك ما يلزم عليه مؤنة - بأن يكون بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه حصل منه الملح - جاز أن يملك بالإحياء، وجاز للإمام إقطاعه**» ؛ لأنه ليس في الحال معدنًا، وإنما هو موات؛ فيصير بالإحياء معدنًا؛ فجاز أن يملك بالإحياء، وجاز إقطاعه كغيره من الموات.

والساحل: معروف، وجمعه: سواحل، وهو: فاعل، بمعنى: مفعول؛ لأن الماء سحله، أي: قشره.

قال: وإن حَمَى الإمام أرضًا لترعى[(٢)] **فيها إبل الصدقة** أي: الزكاة ونَعَمُ الجزية، وخيل المقاتلة، والأموال الحَشْرية، ومال من يضعف عن الإبعاد في طلب النجعة، ولم يضر ذلك بالناس، أي: لكونه قليلًا من كثير يكفى المسلمين، جاز في أصح القولين؛ لأنه ﷺ حمى النقيع لخيل المسلمين والمجاهدين ترعى فيه[(٣)]، كما خرجه أبو داود والبخاري[(٤)]؛ فكان للأئمة ذلك تأسيًا[(٥)] به، كما في سائر المصالح.

---

(١) في جـ: بين.
(٢) في جـ: لوعى.
(٣) أخرجه البخاري معلقًا (٥/ ٣١٩) كتاب المساقاة، باب لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ، بعد حديث (٢٣٧٠)، وأبو داود (٢/ ١٩٧ كتاب الخراج، باب: في الأرض يحميها الإمام أو الرجل، برقم (٣٠٨٤)، بلفظ: «أن النبي ﷺ حمى النقيع»، وأخرجه أحمد (٢/ ١٥٥)، وابن حبان (١٠/ ٥٣٨) برقم (٤٦٨٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٤٦) كتاب إحياء الموات، باب ما جاء في الحمى، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما بلفظ: «أن النبي ﷺ حمى النقيع لخيل المسلمين ترعى فيه».
(٤) قوله: وإن حمى الإمام أرضًا، لترعى فيها إبل الصدقة، ونعم الجزية، وخيل المقاتلة، والأموال العشرية، ومال من يضعف عن الإبعاد في طلب النجعة ولم يضر ذلك بالناس، جاز في أصح القولين؛ لأنه عليه الصلاة والسلام حمى النقيع لخيل المسلمين والمجاهدين ترعى فيه، كما خرجه أبو داود والبخاري. انتهى كلامه.
وما ادعاه في هذا الحديث من كون البخاري رواه ليس كذلك؛ فإن الذي رواه أنه عليه الصلاة والسلام حمى النقيع، هذا لفظه من غير زيادة عليه، ثم إنه رواه مرسلًا لا مسندًا واللفظ الذي ذكره المصنف رواه ابن حبان في صحيحه.
تنبيه: ذكر في الباب ألفاظًا منها:
المعادن القبلية - بقاف وباء موحدة مفتوحتين، ولام مكسورة بعدها ياء النسبة-: موضع قريب من المدينة من جهة الفرع.
ومنها: الغورى بعين معجمة، وهو المنخفض من الأرض، والمراد به هنا تِهامة. =

«والنقيع» - بالنون والقاف-: بلد معروف بقرب المدينة قدر ميل في ستة أميال، وهو موضع مستنقع الماء، وينبت فيه الكلأ، كذا ذكره أصحابنا، وفي حواشي الشيخ زكي الدين: أنه [على][1] عشرين فرسخًا من المدينة.

وقيل: على عشرين ميلًا، ومساحته ميل في بَرِيد.

وحكي عن الخطابي: أن من الناس من يقوله بالباء [وهو تضعيف][2].

وقال أبو عبيد: الثاني هو بالباء، مثل: بقيع الغرقد، وقد روى أن أبا بكر حمى بالربذة لإبل الصدقة، واستعمل عليها مولاه أبا أسامة، وولى عليه قرط بن مالك، وقد روى أن عمر حمى من السَّرِف بقدر ما حمى[3] أبو بكر من الربذة، وولى عليه مولاه هُنَيًّا، وقال: يا هني، ضُمَّ جناحك للناس. أي: تواضع لهم. وقيل: اتق

=

ومنها: النقيع وهو بنون مفتوحة ثم قاف وبالعين المهملة، قال: فهو بلد صغير قريب من المدينة قدر ميل في ستة أميال، وهو مستنقع الماء وينبت فيه الكلأ بخلاف بقيع الغرقد، فإنه بالباء. انتهى.

والمراد بالبلد هنا هو الأرض، كما يقال بلاد تميم، وفي الحديث: «كان إذا بات بأرض وهومسافر»، قال: «اللهم إني أعوذ بك من ساكني البلد»، أي: جان الناحية.

ومنها هُنَيء مولى عمر هو بهاء مضمومة، ثم نون مفتوحة ثم بالتصغير بعدها همزة، ومنها في الحديث: «لا حمى إلا في ثلاثة ثلاثة: البئر وهي ملقى طينها، وطول الفرس، أي: ما انتهى إليه بخيله الذي ربط به، وحلقة القوم، أي: لا يجلس أحد في وسطها. انتهى.

وقد وقع لفظ ثلاثة في لفظ المصنف مكررًا، فالأولى للعدد والثانية قد فسره بما ذكره، والذي رأيته في الصحاح: أن أثلب بهمزة مضمومة وثاء مثلثة ولام مفتوحة وباء موحدة: فتات الحجارة والتراب، فيحتمل أن يكون هو المراد في الحديث بإضمار الموضع ولكن تحرف على المصنف.

ومنها: البَيدر: هو بباء موحدة مفتوحة، ثم بالمثناة من تحت ودال وراء مهملتين، هو المكان الذي يوضع فيه الزرع عند حصاده، ويقال له في اللغة الجرين بالجيم والمثناة من تحت، ويسمى في إقليم مصر الجرون بالواو.

ومنها: الجلسي منسوب إلى الجلس بجيم مفتوحة ولام ساكنة وسين مهملة، وهو المرتفع؛ ولذلك تُسمَّى نجد جلسًا، يقال: جلس يجلس، فهو جالس إذا أتى نجدًا.

ومنها القدس -بقاف مضمومة ودال ساكنة وسين مهملتين- جبل عظيم بأرض نجد.

ومنها بهيسة: اسم امرأة بباء موحدة مضمومة، وهاء مفتوحة، ثم ياء للتصغير ثم سين مهملة.

ومنها: أبيض بن حمال هو بحاء مهملة مفتوحة وميم مشددة.

ومنها: مأرب بالباء الموحدة.

ومنها: الربذة -براء مهملة وباء موحدة مفتوحتين ودال معجمة- مكان به قبر أبي ذر.

ومنها: قرط بن مالك هو بقاف مضمومة وراء وطاء مهملتين. [أ و].

(٥) في جـ: بأسبابه.
(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: حماه.

الله واتق دعوة المظلوم؛ فإن دعوة المظلوم مجابة، وأدخل رَبَّ الصُّرَيْمة ورب الغُنَيْمَة، وإياك ونَعَمَ ابنِ عفان و[نعم][١] ابن عوف؛ فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعا[٢] إلى نخل وزرع، وإن رب الصريمة والغنيمة يأتيني بعياله، فيقول: يا أمير المؤمنين [يا أمير المؤمنين][٣]، أفتاركهم أنا لا أبا لك؟ والكلأ أهون عليَّ من الدينار والدرهم[٤].

وأراد: إن هلكت ماشيتهم احتجت إلى الإنفاق عليهم[٥] من الدينار والدرهم في بيت المال والكلأ دونهما.

والسرف: بفتح السين وكسر الراء المهملتين، وبعضهم قيده بفتح الشين المعجمة وفتح الراء المهملة، قال الشيخ زكي الدين: وهو الصواب.

والهنى: بضم الهاء وفتح النون وتشديد الياء من غير همز، ويروى مهموزًا.

الصريمة - بصاد مهملة مضمومة، وراء مهملة مفتوحة، وياء آخر الحروف-: تصغير صرمة - بكسر الصاد - وهي القطيع من الإبل خاصة، وهو ما جاوز الذَّوْدَ إلى ثلاثين، والذود من الإبل: ما بين الخمسة إلى العشرة، كذا حكاه في «رفع التمويه».

وفي «الذخائر»: أن الصريمة تطلق على الخيل خاصة، وهي ما بين الذود إلى الثلاثين [من الخيل][٦]، وأن الذود من الإبل: ما بين خمسة إلى عشرين، وقيل: ما بين ثلاثة إلى عشرة.

وحكى في «البحر» وكذا البندنيجي أن الصريمة من الإبل والخيل: ما بين الذود إلى الثلاثين.

والغنيمة - بضم الغين-: تصغير الغنم، وهي ما بين الأربعين إلى المائة من الشاء، وأما الغنم ما تفرد لها راع على حدة، وهي ما بين المائتين إلى أربعمائة.

ولأن في ذلك مصلحة لكل مسلم في دينه ونفسه أو من يلزمه أمره من

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ، د: يرجعان.
(٣) سقط في د.
(٤) أخرجه البخاري (٦/ ٢٨٩) كتاب الجهاد والسير: باب إذا أسلم قوم في دار الحرب ولهم مال وأرضون فهي لهم (٣٠٥٩).
(٥) في جـ، د: عليه.
(٦) سقط في جـ.

مستحقي المسلمين؛ فكان[١] ما حمى من خاصتهم أعظم منفعة لعامتهم وأهل دينهم، وقوة على من[٢] خالف من عدوهم، فعلى هذا: لو أحياه أحد بغير إذن الإمام فهل يملكه؟ فيه قولان، وقيل: وجهان:

أحدهما: لا؛ كما لا يملك ما حماه رسول الله ﷺ، وهذا ما صححه في «البحر».

ووجه الجواز: أن التمليك بالإحياء ثابت بالنص، والحمى إنما يثبت بالاجتهاد، والمنصوص عليه أولى من المجتهد فيه.

ولو أحياه بإذن الإمام ملكه، كذا قاله القاضي أبو الطيب.

قال: **«ولا يجوز في الآخر»** ؛ لما روى أبو داود أن النبي ﷺ قال: «لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ»[٣]، ولأنه لا يجوز أن يحمى لنفسه؛ [فلا يجوز أن يحمى مطلقًا لغيره من الرعية، وعكسه النبي ﷺ؛ فإنه كان يجوز له أن يحمى لنفسه][٤] وإن لم يفعله؛ فكان له أن يحمى لغيره.

والمنتصرون للأول منهم من يروى الحديث: «لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْأَئِمَّةِ مِنْ بَعْدِهِ»، ومنهم من يرويه بغير هذه الزيادة، ويقول: معناه : لا حمى إلا أن يقصد به وجه الله تعالى كما فعل رسول الله ﷺ فيما حماه لفقراء المسلمين وفي مصالحهم، ورد على مخالفة فعل الجاهلية؛ فإن العزيز منهم [كان إذا][٥] انتجع بلدًا مُخْصِبًا أوفى بكلب على جبل أو على نَشَزٍ من الأرض - أي: أشرف به - ثم استعوى الكلب، ووقف له من كل ناحية من يسمع منها صوته؛ فحيث انتهى صوته بالعواء حماه من كل ناحية لنفسه، ويرعى مع العامة فيما سواه ويمنع، هذا من غيره. فورد الخبر؛ نهيًا لهم عن هذا.

وأجابوا عن القياس على[٦] آحاد المسلمين: بأنه ليس لواحد منهم النظر في مصالح المسلمين؛ ولهذا لم يكن له أن يحمي، وليس كذلك الأئمة.

تنبيه : الحمى: الممنوع، يقال: حميته أحميه، أي: منعته ودفعت[٧] عنه.

---

(١) في ج: وكان.
(٢) في د: ما.
(٣) تقدم.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ج.
(٦) في ج: إلى.
(٧) في د: ودفعته.

قال الجوهري: يقال: أحميته: جعلته حِمًى، وسمع الكسائى في تثنيته: حموان، والوجه: حميان.

قال ابن فارس: قال أبو زيد: حمينا مكان كذا، وهو حمى: لا يقرب؛ فإذا امتنع منه وحذر قيل: أحمينا.

النعم: الإبل، والبقر، والغنم، وهو اسم جنس، وجمعه أنعام.

والأموال الحشرية - [بفتح الحاء وإسكان الشين-: أي المحشورة، وهي المجموعة للمسلمين ومصالحهم. يقال: حشرته أحشُره وأحشِره][(١)]؛ فأنا حاشر، وهو محشور.

النجعة - بضم النون-: الانتجاع، وهو: الذهاب للانتفاع بالكلأ وغيره.

قال: فإن زالت الحاجة جاز أن يعاد إلى ما كان أي: ما حماه رسول الله ﷺ وغيره؛ لأن الحكم إذا ثبت لعلة زال بزوالها[(٢)]، والمعتد له الإمام؛ لأنه متعلق بالاجتهاد.

قال الإمام: ولا نقول: كما زالت العلة انقطع حكم الحمى.

وقيل: ما حماه رسول الله ﷺ لا يجوز تغييره بحال ؛ لأن ما حكم فيه رسول الله ﷺ نص فلا يجوز نقضه بالاجتهاد، وهذا ما صححه القاضي أبو الطيب، وجزم به البندنيجي، وحكاه الماوردي عن جمهور الأصحاب، ونسب الأول إلى الشيخ أبي حامد، وطريقة الفوراني[(٣)] في «إبانته»: أن حمى رسول الله ﷺ لا ينقض، وحمى غيره هل ينقض من بعده؟ فيه قولان:

قال الإمام: ولعل الأصح الجواز؛ فإن حمى الإمام اجتهاد منه في طلب المصلحة للمسلمين، وإذا رأى من بعده رد الحمى نظرًا لم يعترض عليه.

ووجه المنع: بأنه في حكم المحرز للجهة المعينة؛ فلا سبيل إلى نقضه؛ كما لو جعل بقعة مسجدًا أو مقبرة فلا يجوز تغييره، وإن اقتضت المصلحة التغيير، وهذا الخلاف جارٍ - كما حكاه القاضي الحسين - في أن الحامي هل له نقض حمى نفسه أم لا؟

وقال الرافعي: إن في بعض الشروح: أنه[(٤)] يجوز للحامي أن ينقض حمى

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: لزوالها.
(٣) في جـ: العوارقي.
(٤) في جـ: أن.

نفسه، ولا يجوز لمن بعده من الأئمة نقض [ما][١] حماه.

فروع:

إذا حمى آحاد الناس مواتًا، ومنع الناس منه زمانًا، ورعاه، ثم ظهر الإمام عليه رفع يده عنه ولم يغرمه؛ لأنه ليس لمالك، ولا يعزره؛ لأنه أخذ مستحقه، وينهاه عن مثل تعديه.

ولو حمى والي الإقليم موضعًا لمصالح المسلمين رأى فيه مصلحة، فليس له ذلك إلا بإذن الإمام، كذا قاله الماوردي، وألحق الفوراني الولاة بالأئمة، وحكى فيهم القولين، ورجح الرافعي هذه الطريقة.

ووالي الصدقات إذا اجتمعت معه مواشي الصدقة، وقل المرعى لها، أو خاف عليها أن تتلف، لم يحم الموات لها، فإن منع الإمام من الحمى كان والي الصدقات أولى، وإن جوز الإمام ففي جوازه لوالي الصدقات عندما ذكرناه وجهان:

أصحهما في «الحاوي»: المنع، وعلى مقابله يتقيد الحمى بزمان الضرورة ولا يستديم، بخلاف حمى الإمام.

---

(١) سقط في جـ.

باب اللقطة

اللقطة - بفتح القاف، على المشهور-: الشيء الملقوط، وادعى الأزهري أنه الذي سمع من العرب، وأجمع عليه أهل اللغة ورواة الأخبار[1] ، قال: وكذا قاله الأصمعي والفراء[2] وابن الأعرابى.

وقال الخليل بن أحمد: هي بفتح القاف اسم للرجل الملتقط، وبإسكان القاف اسم للشيء الملقوط؛ لأن ما جاء على وزن «فُعَلَة» فهو اسم للفاعل؛ كقولهم: هُمَزة لُمَزة ضُحَكَة لُحَنة، وما جاء على وزن «فُعْلة» فهو اسم للمفعول.

قال الأزهري: وهذا هو القياس.

وعن ابن السكيت في «الإصلاح»[3] : اللقطة من الأسماء التي على «فُعَلة» و«فُعْلة»، ويقال: لُقاطة - بالضم-: ولَقَطٌ[4] ، بفتح اللام والقاف بلا هاء.

قال الأزهري: وهي مختصة بما ليس بحيوان من سائر الأموال، وما كان حيوانًا سمي: ضَوَالَّ، لا غير، وعلى ذلك جرى الشيخ في قوله: «وإن وجد ضالة ...» إلى آخره.

والالتقاط: أخذ مال محترم يكون بمضيعة، يأخذه من هو أهلُ الالتقاط؛ ليحفظه على مالكه، أو[5] ليتملكه بعد التعريف.

وهذا الحد يخرج الكلب المعلم، ولا شك في جواز التقاطه[6] للحفظ، وهل يجوز لغيره؟ فيه كلام سيأتي؛ فيجب أن يقال: الالتقاط: أخذ شيء محترم يكون بمضيعة، يأخذه من هو أهلُ الالتقاط، ليحفظه على صاحبه، أو ليختص[7] به بعد التعريف.

---

(١) في ج: الأحبار.
(٢) في ج: الفراني.
(٣) في ج، د: الاصطلاح.
(٤) في ج: لقطه.
(٥) في ج: و.
(٦) في د: اللقطة.
(٧) في ج: للحيس.

وأما المغلَّب على اللقط هل حكم الأمانة أو حكم الأكساب؟ فيه قولان مأخوذان من معاني كلام الشافعي.

ثم الأصل في مشروعيتها من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، وفي أخذ اللقطة وردها على صاحبها معاونة على البر والتقوى.

ومن السنة: ما روى الشافعي عن مالك عن ربيعة بن يزيد مولى [المنبعث عن][1] زيد بن خالد الجهني أنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة فقال: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا، وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلا فَشَأْنُكَ بِهَا». وسأله عن ضالة الغنم فقال: «خُذْهَا، فَإِنَّهَا لَكَ، أَوْ لأَخِيكَ، أَوْ لِلذِّئْبِ»، وسأله عن ضالة الإبل فغضب رسول الله ﷺ؛ حتى احمرت وجنتاه - وفي رواية: حتى احمر وجهه - وقال: «مَا لَكَ وَلَهَا مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا تَرِدُ الْمَاءَ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا»[2]، وغير ذلك من الأخبار.

وقد أجمع المسلمون على جواز أخذها في الجملة، وإن اختلفوا في بعض التفاصيل.

ومعنى قوله عليه السلام: «هِيَ لَكَ» أي: إن أخذتها [«أَوْ لأَخِيكَ» أي: إن أخذها][3] «أَوْ لِلذِّئْبِ» أي: إن لم تؤخذ أكلها الذئب.

وقوله - عليه السلام - في ضالة الإبل: «مَا لَكَ وَلَهَا» أي: لا تأخذها.

وقوله: «مَعَهَا» أي: أجوافها؛ فإنها تأخذ ماء كثيرًا فتبقى عليه أكثر ما يبقى سائر الحيوانات.

وقوله: «وَحِذَاؤُهَا» أي: خِفاف أرجلها التي تقدر بها على السير وطلب المرعى، وتمتنع بها من صغار السباع.

وقوله: «تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ» عنى به: أن عنقها طويل فتنال الماء والمرعى من الشجر؛ فهي محفوظة بنفسها غير محتاجة إلى أَخْذٍ وبهذه الأمور خالفت الغنم.

---

(١) سقط في جـ.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٨٤) كتاب: اللقطة، باب: إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة حديث (٢٤٢٩)، ومسلم (٣/ ١٣٤٦) كتاب: اللقطة، باب: اللقطة، حديث (١/ ١٧٢٢).

(٣) سقط في د.

قال: «**إذا وجد الحر الرشيد لقطةً في غير الحرم في موضع يأمن عليها**» أي: لأمانة أهله[١]، وليس الموضع مملوكًا، ولا في دار الشرك - **فالأولى: أن يأخذها** ؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] وهذا منه، وقوله - عليه السلام-: «وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ»[٢]، وفي الأخذ إعانة. ولا يجب؛ لأنه أخذ مال على وجه الائتمان؛ فلم يكن عليه أخذ؛ كالوديعة.

قال: «**وإن كان**[٣] **في موضع لا يأمن عليها**» أي: لخيانة أهله «**لزمه أن يأخذها**» ؛ لقوله ﷺ: «حُرْمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ»[٤].

ولو خاف على نفسه لوجب عليه صونها؛ فكذلك ماله، وهذه طريقة ابن سريج[٥] وأبي إسحاق وجمهور أصحابنا، كما قاله الماوردي.

قال: «**وقيل: فيه قولان في الحالين**»، وهذه طريقة الأكثرين كما قال الرافعي:

أحدهما: يجب [الأخذ][٦] ؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١] وإذا كان الواجد وليًّا[٧] لصاحب اللقطة، وجب عليه حفظ ماله؛ كما يجب على ولي اليتيم حفظ ماله. وهذا أخذ من قول الشافعي في «كتاب اللقطة» من «الأم»: ولا يحل ترك اللقطة لمن وجدها إذا كان أمينًا عليها.

والثاني: يستحب ؛ لما ذكرناه. وهذا أخذ من قول الشافعي في «المختصر»: «ولا أحب ترك لقطة وجدها إذا كان أمينًا عليها». وهذا صححه الغزالي، والرافعي، وحكاه الإمام طريقة جازمة؛ لأنه دائر بين أن يكون كسبًا أو أمانة؛ فلا معنى لوجوبها، وما ذكره الشافعي محمول على تأكيد الندب.

ومنهم من قال: لا يجب الأخذ ولا يستحب أيضًا.

---

(١) في جـ، د: أهلها.

(٢) أخرجه البخاري (٦/ ٣٨٦) كتاب المظالم: باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه (٢٤٤٢)، ومسلم (٤/ ١٩٩٦) كتاب البر والصلة: باب تحريم الظلم (٥٨/ ٢٥٨٠).

(٣) في التنبيه: كانت.

(٤) أخرجه البزار (١٦٩٩- البحر الزخار)، والدارقطني (٣/ ٢٦)، وأبو نعيم في حلية الأولياء (٧/ ٣٣٤)، من حديث ابن مسعود.
وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٧٥): فيه عمرو بن عثمان الكلابي وثقه ابن حبان، وقال الأزدي: متروك.

(٥) في جـ: شريح.

(٦) سقط في جـ.

(٧) في جـ: قلنا.

ثم على القول بالوجوب: لو لم يكن يأخذها حتى تلفت، لا ضمان عليه؛ لأن المال ما حصل في يده فلا يضمنه.

قال القاضي الحسين: كمن كان معه طعام وإنسان يموت جوعًا؛ فيجب عليه أن يعطيه، فلو لم يعطه حتى مات، لا دية عليه. وقاسه البندنيجي على ما لو رأى مال شخص يغرق أو يحرق وقدر على خلاصه؛ فإنه واجب عليه، فإذا لم يفعل، وتلف لا ضمان عليه.

تنبيه: جمع الشيخ بقوله: «الرشيد» البالغَ العاقلَ المسلم الأمين، وهو مقتضٍ لعدم التفصيل في الأمين بين أن يخاف على نفسه الخيانة أم لا[، و] هو الصحيح في المذهب[١].

وحكى الإمام طريقة: أن الملتقط إن كان لا يأمن نفسه ولا يثق بها فلا يجب عليه الالتقاط قولًا واحدًا، والقولان فيمن يغلب على ظنه أنه لا يخون.

وحكى عن الشيخ أبي محمد وجهين فيما إذا كان يخاف على نفسه الخيانة في جواز الأخذ، إذا قلنا: إن الأخذ سنة عند تحقق الأمانة، وشبههما -وكذلك الغزالي- بالوجهين في أن الصالح للقضاء إذا لم يأمن على نفسه هل يجوز له تقلد القضاء؟ لكن الغزالي في كتاب الأقضية جزم فيمن تعين عليه بوجوب القبول، وإن كان يخاف الخيانة فيمن[٢] لم يتعين عليه - لوجود مساوٍ له أو فاضل أو مفضول، وقلنا بصحة ولاية المفضول-: بمنع القبول. ومن عدا الحر الرشيد سيأتي الكلام فيه.

أما إذا كانت اللقطة في موضع مملوك، فقد قال الماوردي: [إنه لا][٣] يجوز له التعرض لأخذها، وهي في الظاهر لمالك الأرض إن ادعاها. ولو كانت في دار الشرك ولا مسلم فيها، فقد حكى الغزالي والفوراني في «الإبانة»: أنها له من غير تعريف، ولا ضمان عليه بالإتلاف.

وفي «التهذيب»: أنها تكون غنيمة خمسها لأهل الخمس، والباقي للواجد.

قال: ثم ليعرف[٤]، أي: على الفور - كما قاله المتولي - «وعاءها وعفاصها

---

(١) في د: المهذب.
(٢) في د: فمن.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: يتعرف.

ووكاءها وجنسها وقدرها وصفتها[١]»:

أما اعتبار معرفة العفاص والوكاء؛ فلحديث زيد بن خالد الذي ذكرناه.

وأما اعتبار معرفة القدر؛ فلما روى البخاري عن شعبة في حديث مطول: أن أبي ابن كعب قال له - وهو بالمدينة-: وجدت صُرَّة فيها مائة دينار على عهد رسول الله ﷺ فأتيت بها النبي ﷺ فقال: «عرِّفْها[٢] حولًا» فعرفتها حولًا، ثم أتيته فقال: «عرِّفْها[٣] حولًا»، فعرفتها حولًا، ثم أتيته فقال: «عرِّفها[٤] حولًا»، فعرفتها حولًا، ثم أتيته الرابعة، فقال: «اعْرِفْ عَدَدَهَا[٥] وَوِكَاءَهَا وَوِعَاءَهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا فَاسْتَمْتِعْ بِهَا»[٦].

وأما في الباقي: فإن لم تكن معرفته ملازمة للعدد، فيأخذه بالقياس على ما ثبت بالنص؛ بجامع الاشتراك في معرفة ما تمتاز به عن غيرها؛ حتى لا تختلط، وليعرف صدق واصفها من كذبه.

لكن لك أن تقول: حديث أبي يدل على اعتبار العدد عند إرادة التملك، وأنت تريد إثباته عند الالتقاط، [والفرق ظاهر؛ فإنه يُلْجِئ لمعرفة القدر حتى يَرِدَ مثله، ولا كذلك في حالة الالتقاط][٧].

وحديث زيد بن خالد لا يحسن القياس على ما ذكر فيه؛ لأن أبا إسحاق المروزي حكى عن الشافعي - رضي الله عنه - أنه ذكر وجوهًا فيما يحتمله أمر رسول الله ﷺ للملتقط بمعرفة الوعاء والوكاء:

أحدها: التنبيه على حفظها؛ فإن العادة أن من[٨] التقط لقطة يرمي وعاءها ووكاءها لقلته واستحقاره، فأمره بحفظهما؛ لأنهما مال الغير فلا يجوز تضييعه وإن قل.

والثاني: أن يكون تنبيهًا على حفظ ما في الوعاء من طريق الأولى.

والثالث: أن يكون أمره به؛ حتى يميزها إن اختلطت.

---

(١) في التنبيه: وصفتها وقدرها.
(٢) في جـ: أعرفها.
(٣) في جـ: أعرفها.
(٤) في جـ: أعرفها.
(٥) في جـ: أعرفها عدتها.
(٦) أخرجه البخاري (٥/ ٩١) كتاب: اللقطة، باب: هل يأخذ اللقطة ولا يدعها، حديث (٢٤٣٧)، ومسلم (٣/ ١٣٥٠) كتاب: اللقطة، حديث (٩/ ١٧٢٣).
(٧) سقط في د.
(٨) في د: زيادة أن من.

والرابع: أن يكون أمره به؛ حتى يذكره في تعريفه.

والخامس: أن يكون أمره به؛ حتى إذا جاء من أعطى صفتها علم أنه صادق في صفاتها، فإن غلب على ظنه صدقه جاز أن يدفعها إليه، وإن كان لا يجب.

وإذا كانت هذه الاحتمالات قائمة لم يحسن القياس على أحدها إلا أن يدل عليه دليل.

واعلم أن المعرفة بالقدرة تارة تكون بالوزن إن كان مما يوزن، وتارة بالعدد إن كان مما جرى العادة بعدِّهِ.

قال القاضي أبو الطيب: إلا أن يكثر بحيث لا يعرف مثله في العادة.

تنبيه: قول الشيخ: «**ثم ليعرف**» هو بفتح الياء وإسكان العين، أي: ليتعرفه فيعرفه.

والوعاء، والوكاء: ممدودان بكسر الواو فيهما، والوكاء: الخيط الذي يشد به الصرة[1] [وغيرها][2].

والعفاص - بكسر العين - قال الخطابي: أصله الجلد الذي يُلْبَسُ رأس القارورة، وأطلق - كما قاله الأزهري - على الوعاء على طريق التوسع؛ لأنها كالوعاء، والجمهور على أن العفاص: الوعاء، وهو ما حكاه في «المهذب»[3]، وعليه يدل كلام الشافعي الذي حكيناه عن رواية أبي إسحاق من قبل، وكلاهما صحيح، لكن الأول بكلام الشيخ هنا أنسب؛ لأنه ذكر الوعاء معه.

والصمام الذي تسد به رأس القارورة من خشب أو خرقة.

قال: **ويستحب أن يُشْهِد**[4] **عليها** احتياطًا وتَبْرِئَةً لغرضه؛ فإنه إذا لم يشهد، اتهم في أنه إنما فعل ذلك؛ لينتفع بها، ولا يجب؛ لأن النبي ﷺ لم يأمر به في خبر زيد بن خالد، ولو كان واجبًا لبينه؛ لأن ذلك وقت البيان، ولأن كل مال يجوز لواجدٍ تناوله [فلا يلزمه الإشهاد عليه؛ كالركاز، وهذا ظاهر ما نص عليه الشافعي في «الأم» كما حكاه القاضي أبو الطيب، وصححه.

وقيل: **يجب**، وهو ظاهر ما نقله المزني، واختاره في «المرشد»؛ لما روى النسائي عن عياض بن حمار المجاشعي أن رسول الله ﷺ قال: «مَنِ الْتَقَطَ لُقَطَةً،

---

(١) في د: الصبرة.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: التهذيب.
(٤) في جـ: يسد.

فَلْيُشْهِدْ عَلَيْهَا ذَوَيْ عَدْلٍ، وَلا يَكْتُمْهَا، وَلا يُغَيِّرْهَا، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا، وَإِلا فَمَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ مَنْ أَخَذَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ عَلَيْهَا ذَا عَدْلٍ أَوْ ذَوَىْ عَدْلٍ، وَلْيَحْفَظْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، وَلا يَكْتُمْ وَلا يُغَيِّرْ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا، وَإِنْ لَمْ يَجِئْ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَهِيَ مَالُ اللهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ»[١].

والقائلون بالأول حملوا هذا على الاستحباب؛ لأنه لو كان واجبًا لما خير بين الواحد والاثنين.

ثم إذا قلنا بالوجوب ففي كيفيته وجهان:

أحدهما: يشهد أنه وجد لقطة، ولا يعلم بالعفاص ولا غيره؛ كى لا[٢] ينتشر[٣] فيتوسل الكاذب إلى أخذها إما بالوصف إذا اكتفينا به، أو بأن يواطئ الشهور إن أحوجناه[٤] إلى البينة. وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»، لكنه قال: ويجوز أن يذكر جنسها.

والثاني: أن يشهد على صفاتها؛ حتى لو مات لم يتصرف فيها الوارث.

وأشار الإمام إلى التوسط بين الوجهين، وأنه لا يستوعب الصفات، ولكن يذكر بعضها؛ ليكون في الإشهاد فائدة. فلو ذكر تمام الوصف، قال: لم نر الأمر ينتهى إلى التحريم. وإذا ترك الإشهاد على القول بوجوبه دخلت في ضمانه، قاله القاضي. ولاخلاف فى[٥] أنه لا تجب الكتابة عليها، بل يستحب.

قال: وإن أراد حفظها على صاحبها لم يلزمه التعريف ؛ لأن التعريف للملك وهو لم يُرِدْه، ويدل على ذلك أن النبي ﷺ قال: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ

---

(١) أخرجه الطيالسي (١/ ٢٧٩ - منحة) كتاب: الشفعة واللقطة، باب: اللقطة، حديث (١٤٠٩)، وأحمد (٤/ ١٦١)، وأبو داود (٢/ ٣٣٥) كتاب: اللقطة، باب: التعريف باللقطة، حديث (١٧٠٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٣٧) كتاب: اللقطة، باب: اللقطة (٢٥٠٥)، والنسائي في الكبرى كما في «تحفة الأشراف» (٨/ ٢٥٠)، وابن حبان (١١٦٩ - موارد)، وابن الجارود رقم (٦٧١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٣٦) كتاب: الإجارات، باب: اللقطة والضوال، وفي مشكل الأثار (٤/ ٢٠٧ - ٢٠٨)، والطبراني في الكبير (١٧) رقم (٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٩، ٩٩٠)، والبيهقي (٦/ ١٨٧) كتاب: اللقطة، باب: اللقطة يأكلها الغنى والفقير. وابن عبد البر في التمهيد (٣/ ١٢١ - ١٢٢) كلهم من طريق خالد الحذاء عن يزيد بن عبد الله بن الشخير عن مطرف عن عياض ابن حمار به.

(٢) في د: كيلا.

(٣) في جـ: يتيسر.

(٤) في د: أوجبناه.

(٥) في جـ: فإنه.

عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا [وَإِلَّا][١] فَشَأْنَكَ بِهَا»[٢]؛ فألزمه التعريف لما جعلها له بعده، وهذا ما أورده الأكثرون، وحكى الإمام ومن تابعه وجهًا جعلوه الأظهر: أنه يلزمه التعريف، وعلى ذلك جرى البغوي، وظاهر كلام الماوردي يقتضي الجزم به؛ فإنه جعل إيجاب التعريف مجزومًا به من غير تفصيل، وحكى الخلاف في وجوب الإشهاد، وقد يستدل له بما روى النسائي عن عياض من قوله: «وَلَا تَكْتُمْ».

فعلى الصحيح: إذا عرف، كان متبرعًا؛ فلو لزمته مؤنة بسبب التعريف، لم يرجع بها.

وعلى الثاني: لا يلزمه المؤنة؛ بل يرفع الأمر إلى الحاكم؛ ليبذل أجرة التعريف من بيت المال، أو يستقرض على المالك، أو يأمر الملتقط به ليرجع كما في هرب الجمال.

[و][٣] في «الحاوي»: أنه إذا قدر على استئذان الحاكم فلم يستأذنه وأشهد، فهل يرجع؟ فيه وجهان. ولو لم يأت به ضمن، حتى لو ابتدأ بالتعريف بعد ذلك فهلك في سنة التعريف ضمن.

قال: «**وإن أراد أن يتملكها**[٤]**، عرفها سنة**» ؛ لخبر زيد بن خالد، والمعنى فيه: أن السنة لا تتأخر عنها القوافل، وتمضى فيها الأزمان التي يقصد فيها من الحر والبرد والاعتدال، وفي هذه الحالة إذا احتاج إلى مؤنة بسبب التعريف كانت على الملتقط؛ لأنه سببه إلى تملكه، صرح بذلك القاضي أبو الطيب والبندنيجي وغيرهما.

ومنهم من قال: إن اتصل الملك بالتعريف فالأمر كذلك، فإن لم يتصل به بأن ظهر المالك فهل يكون على الملتقط أو على المالك؟ فيه وجهان، أظهرهما: الثاني.

قال الرافعي: وهما جاريان فيما لو عرَّف لقصد الأمانة أبدًا ثم عَنَّ له أن يتملك فتملك، وحاصلهما يرجع إلى أن المعتبر حال التعريف، أو حال انتهاء الأمر؟ ومحلهما في الصورة الأخيرة يظهر أن يكون إذا قلنا بوجوب التعريف عند

---

(١) سقط في جـ.
(٢) تقدم.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في التنبيه: يملكها.

الالتقاط، أما إذا قلنا باستحبابه فقد حكى في موضع آخر: أنه إذا عرف، ثم بدا له قصد التملك عرفها سنة من يومئذ، ولا يعتد بما عرف من قبل، على أنه سيأتي خلاف عن الأصحاب فيما إذا أخذ ما لا يمتنع من صغار السباع للحفظ، ثم عَنَّ له أن يتملكه: هل يجوز ذلك؟ ولا يبعد مجيء ذلك هاهنا، وإذا أوجبنا التعريف فهل تجب المبادرة إليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن العثور على المالك في ابتداء الضلال أقرب، وهذا ما أورده القاضي أبو الطيب، فإن أخره على هذا من غير عذر ضمن، وإن كان ثَمَّ عذر - كما إذا خاف إن عرفها أخذها السلطان منه ظلمًا وطالبه بأكثر منها - فلا يجوز له التعريف؛ بل يحفظها على صاحبها أبدًا.

والثاني: لا، وهو الأشبه بكلام الأكثرين، وعليه قال الإمام: لو تمادى التأخير، وأمكن أن يقال: نسيت اللقطة في طول هذا الزمان، فهل ينفع التعريف بعد ذلك؟ فيه وجهان. ومن يصير[١] إلى التعريف يقول:حق المعرف أن يؤرخ وجدان اللقطة في تعريفه، ويسنده إلى الوقت الذي لقيت فيه. وقد تساهل بعض الأصحاب في اشتراط ذلك، ورآه من باب الأولى، وجوز الاقتصار على التعريف المطلق.

قال: «**على أبواب المساجد**» أي عند خروج الناس منها، خصوصًا يوم الجمعة «**والأسواق، وفي الموضع الذي وجدها فيه**» أي: إن كان في عمران، وكذا يعرفها في مثل الوقت الذي وجدها فيه، إذا كان في يوم جمعة في الجامع - كما قال الفوراني - لأن ذلك أقرب إلى وجود ربها، ولا يعرف في المسجد؛ كما لا يطلب الضالة فيه، قال الشاشي في «المعتمد»: إلا أن أصح الوجهين جواز التعريف في المسجد الحرام.

ولو كان الالتقاط في الصحراء فعن أبي إسحاق: أنه إن اجتازت به قافلة تبعها وعرف فيها، وإلا عرف في البلدة التي يقصدها، فإن بدا له الرجوع عرف عند الوصول إلى مقصده، ولا يكلف أن يغير قصده ويعدل[٢] إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع - كما حكاه الإمام والغزالي - و الذي ذكره الماوردي والمتولي وغيرهما: أنه يعدل ويعرف في أقرب البلاد إليها. وليس للملتقط تسليم المال إلى الذي يعرفه إلا بإذن الحاكم، فإن فعل ضمن، اللهم إلا أن يعرض له سفر؛ فيكون

---

(١) في د: تأخر.

(٢) في جـ: ويعزل.

الحكم كما في الوديعة.

وفي «تعليق القاضي الحسين» و«الإبانة» وكتاب المسعود: أنه إذا دفع اللقطة للقاضي ليعرفها أو يأمر غيره ليعرفها، جاز، ولو دفع لغير القاضي ففيه وجهان، وجه الجواز: أن الشرع جعله وليًّا في اللقطة؛ فصار تصرفه [فيها][1] كتصرف الأب في مال الابن.

ولو دفع اللقطة للحاكم، وترك التعريف والتملك، ثم ندم وأراد أن يعرف ويتملك، ففي تمكنه وجهان حكاهما ابن كج.

قال: «**ويقول: من ضاع منه شيء، أو: من ضاع منه دنانير**» هذه الصيغة صريحة في التخيير بين الأمرين، وقد صرح به الماوردي والبندنيجي والفوراني، ويحتمل أن يكون فيها إشارة إلى وجهين ذكرهما الأصحاب فيما يجب ذكره في التعريف: فمنهم من قال: لا يجب ذكر شيء أصلًا؛ بل يستحب ذكر بعض الأوصاف. [ومنهم من قال: يجب ذكر بعض الأوصاف][2]، ويكفي فيه ذكر الجنس، وحينئذ فيكون قول كلام الشيخ: «**فيقول: من ضاع منه شيء**» إشارة إلى الوجه الأول، وهو الأظهر من كلام الأصحاب، وبه جزم القاضي الحسين، وقوله: «**أو من ضاع منه دنانير**» إشارة إلى الوجه الثاني، وهو الذي ذكره القاضي أبو الطيب.

وقال الإمام: عندي أنه لا يكفى ذكر الجنس، ولكن يتعرض للعفاص والوكاء ومكان الالتقاط وتاريخه، ولا يستوعب الصفات، ولا يبالغ فيها بالاتفاق؛ كي لا[3] يعتمدها الكاذب، فإن فعل، ففي صيرورته ضامنًا وجهان، وأجراهما في «المهذب» فيما لو ذكر النوع، والقدر، والعفاص، والوكاء، واختار في «المرشد» منهما الضمان، والله أعلم.

قال: «**وقيل: إن كان قليلًا كفاه أن يعرفه في الحال، ثم يملكه[4]**» هذا قول الإصطخري، ووجهه: ما روي أن عمر - رضي الله عنه - رأى جِرابًا فيه سويق تطؤه الإبل، فأخذه، فعرفه، فلم يعرفه أحد، فأمر بقدح، فشرب منه، وسقى أصحابه، وقال: «هذا خير من أن تطأه الإبل» ولم ينكر عليه أحد، ولأن الشيء

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: كيلا.
(٤) في جـ: يتملك.

الحقير لا يدوم صاحبه على طلبه سنة، بخلاف الخطير.

قال الرافعي: وهذا أشبه باختيار المعظم.

وقيل: لا يعرف القليل، وهو قول أبي عليٍّ في «الإفصاح»؛ لما روي عن جابر أنه قال: «رَخَّصَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْعَصَا وَالسَّوْطِ[(١)] وَالْحَبْلِ وَأَشْبَاهِهِ يَلْتَقِطُهُ الرَّجُلُ يَنْتَفِعُ بِهِ»[(٢)].

وحكى الخراسانيون وجهين آخرين:

أحدهما: أنه يعرفه ثلاثة أيام؛ لما روى عبد الرزاق عن أبي سعيد الخدري: أن عليًّا جاء إلى رسول الله ﷺ [بدينار][(٣)] وجده في السوق، فقال النبي ﷺ: «عَرِّفْهُ ثَلَاثًا» ففعل فلم يجد أحدًا يعرفه، فقال النبي ﷺ: «[كُلْهُ][(٤)]،أَوْ شَأْنُكُمْ بِهِ»[(٥)].

الثاني[(٦)]: أنه يعرفه مدة يتصور رجوع المالك في مثلها في طلب الضائع، وذلك يختلف باختلاف قدر المال.

قال القاضي الروياني: فدانق[(٧)] الفضة يعرف في الحال، ودانق[(٨)] الذهب يعرف يومًا، أو يومين، أو ثلاثة، وهذا ما جعله الرافعي أظهر.

قال: «**وقدر القليل بالدينار**» ؛ لما روى أبو داود بسنده في حديث مطول[(٩)]: أن علي بن أبي طالب وجد دينارًا على عهد رسول الله ﷺ وقد أصابته ضائقة[(١٠)]، فرهنه من قصاب على درهم فأخذه به[(١١)] لحمًا، ولم يعرفه، ثم جاء رجل ينشده؛ فأمر النبي ﷺ أن يمضي إلى الجزار[(١٢)] ويقول له: قال لك رسول الله ﷺ: ادفع الدينار[(١٣)] إلى هذا، وعليٌّ ضمان الدرهم[(١٤)].

---

(١) في جـ: الصوط.

(٢) أخرجه أبو داود (١/ ٥٣٧) كتاب اللقطة: باب التعريف باللقطة (١٧١٧)، والبيهقي (٦/ ١٩٥)، وقال: في إسناده ضعف.

(٣) سقط في جـ.

(٤) سقط في جـ.

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٠/ ١٤٢) (١٨٦٣٧)، وأبو يعلى (٢/ ٣٣٢) برقم (١٠٧٣)، من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وضعفه الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٣/ ١٦٣).

(٦) في جـ: والثاني.

(٧) في جـ: فدابق.

(٨) في جـ: ودابق.

(٩) في جـ: من طول.

(١٠) في جـ: ضيفة.

(١١) في جـ: فأخذته يحما.

(١٢) في جـ: الخراب.

(١٣) في جـ: الدينار أن.

(١٤) أخرجه أبو داود (١/ ٥٣٧)، كتاب اللقطة: باب التعريف باللقطة (١٧١٦)، وقال الحافظ في =

قال القاضي أبو الطيب: يحتمل أن يكون عليٌّ لم يعرفه؛ لاضطراره إليه، والمضطر يجوز له الانتفاع بمال الغير من غير إذنه، وكأنه لم يقف على صدر الحديث؛ فإن فيه أن الرهن وقع بعد [أن][1] حصل له دقيق، وذلك ينفي الاضطرار.

قال: وقدر بالدراهم؛ لأن ما دون الدرهم لا يجب تعريفه؛ لقول عائشة -رضي الله عنها-: «لَا بَأْسَ بِمَا دُونَ الدِّرْهَمِ أَنْ يُنْتَفَعَ[2] بِهِ»[3].

قال: «وقدر بما لا يقطع فيه السارق»؛ لأنه تافه، قالت عائشة - رضي الله عنها-: «مَا كَانَتِ الْأَيْدِي عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ تُقْطَعُ فِي الشَّيْءِ التَّافِهِ»[4]، وقد اختار هذا الوجه صاحب «المرشد».

وحكى القاضي الحسين في «تعليقه» الأوجه الثلاثة على النعت الذي ذكره الشيخ، ثم قال: والصحيح: أن كل ما لو ضاع عنه يحزن عليه [في العرف][5] ويتأسف في العادة عليه، إذا ضاع فهو [كثير، وما لا يحزن عليه إذا ضاع فهو][6] قليل، والدرهم فما فوقه كثير.

وإذا جمعت ما قيل في حد القليل كان خمسة أوجه.

قال: وظاهر المذهب: أنه لا فرق بين القليل والكثير؛ [لعموم الأخبار، ولأن اللقطة جهة من جهات التملك؛ فاستوى فيها القليل والكثير][7] كالابتياع، وهذا أظهر عند العراقيين، وأصح في «تعليق» القاضي الحسين، ومجزوم به في «الحاوي».

وكل هذا إذا لم يبلغ في القلة إلى حد[8] تسقط معه القيمة، أما إذا بلغ كالتمرة والزبيبة، فلا يجب تعريفها بحال، وأبدى الرافعي احتمالًا في منع التقاطها؛ بناء على عدم ضمانها، ومنع التقاط ما لا يضمن بدله: كالكلب، كما سنذكره.

= تلخيص الحبير (٣/ ١٦٣)، فيه موسى بن يعقوب مختلف فيه.

(١) سقط في ج.

(٢) في ج: يستشفع.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٤١٥) برقم (٢١٦٥٠) عن عائشة رضي الله عنها أنها رخصت في اللقطة في درهم.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٨١١٤) وإسناده صحيح ورجاله ثقات.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في ج.

(٧) سقط في ج.

(٨) في ج: إذا أخذ.

وحكى الماوردي وجهين في إيجاب تعريف ما له قيمة، إلا أنه لا تتبعه نفس صاحبه، ولا يطلبه[١] إن ضاع منه: كالرغيف، والدانق من الفضة.

وقد حكى ابن الصباغ - أيضًا - وجه عدم وجوب التعريف، وجزم به، لكنه لم يمثِّل.

والتقاط السنابل وقت الحصاد، قال المتولي: إن أذن مالك الزرع فيها، أو كانت بحيث يشق على المالك لو علم بها أن يلتقطها، حل التقاطها، وإلا لم يحل، قاله المتولي.

واعلم أن التعريف تدخله النيابة، لكن لا يعرِّف من جرت عادته بالخلاعة والمجون، فإن فعل لم يعتد به.

قال: «**ويجوز التعريف في سنة متفرقة**» أي: مثل أن يعرفها في شهر من كل سنة، أو أكثر إلى أن تكمل سنة؛ لأن النبي ﷺ أطلق السنة؛ فاحتمل التوالي، واحتمل التفريق، وكان كما لو نذر صيام سنة؛ فإن له تفريقها أو موالاتها.

«**وقيل: لا يجوز**»؛ لأن القصد من التعريف [أن][٢] يبلغ صاحبها، ويقف على خبر ماله، وإذا فرقها لم يحصل له المقصود بذلك، وهذا ما أورده الإمام، وقال في «التجريد»: إنه المذهب.

فعلى هذا: ليس من شرط الموالاة أن يعرف الأيام والليالي في جميع السنة؛ بل المعتبر أن يعرف بالنهار دون الليل، ولا يشترط - أيضًا - استيعاب النهار؛ بل يعرف بالابتداء في كل يوم مرتين في طرفى النهار، وفي أوقات الصلاة على أبواب المساجد، ثم في كل يوم مرة، ثم في كل أسبوع مرة أو مرتين، ثم في كل شهر بحيث لا ينسى أنه تكرار لما مضى، ولو قطع الموالاة الواجبة، لم يعتد بذلك التعريف السابق، وعليه الاستئناف، وهل يصير ضامنًا؟ فيه الخلاف السابق المبني على أن المبادرة إلى التعريف هل تجب أم لا؟

قال: «**والأول أظهر**»، وهو الذي صححه القاضي الحسين والفوراني في «الإبانة».

وقال البندنيجي: إنه المذهب، وبه أجاب الروياني؛ لما ذكرناه.

---

(١) في ج: يطلب.
(٢) سقط في ج.

فإن قيل: قد روى البخاري في خبر أبي بن كعب الذي تقدم، أنه أمره بتعريفها ثلاثة أحوال؛ [فلم لا جريتم على ذلك؟!][(١)].

قيل: لأن[(٢)] البخاري روى عن سعيد من طريق آخر أنه قال: «فَلَقِيتُهُ بَعْدُ بِمَكَّةَ، فَقَالَ: لا أَدْرِي ثَلاثَةَ أَحْوَالٍ أَوْ حَوْلًا وَاحِدًا»[(٣)].

وفي مسلم في بعض طرقه: قال شعبة[(٤)]: فسمعته بعد عشر سنين يقول: عرفها عامًا واحدًا[(٥)].

وإذا اختلفت الطرق عمل بالمتفق عليه وهو الحول.

ولأن المسلمين - كما قال ابن المنذر - أجمعوا على أنه لا يجب تعريفها ثلاثة أحوال، وإنما يجب حولًا واحدًا.

قال: «**وإذا عرف**» أي: بعد قصد التملك، ولم يجد المالك، «**واختار التملك، ملك**»؛ لحديث زيد بن خالد؛ فإنه جعل فيه التملك إلى اختياره بقوله: «فَشَأْنَكَ بِهَا»، ولأنه تمليك مال ببدل، فتوقف على الاختيار؛ كالبيع، ولا فرق في ذلك بين الغني والفقير؛ لقصة أبي بن كعب وغيره.

وقيل: **يدخل في ملكه بالتعريف**، أي: بانقضاء التعريف، [سواء اختار التملك بعد الحول أو سَخِطَهُ وكان قد قصد عند الأخذ التملك بعد التعريف][(٦)]، كما ذكرنا.

ووجهه: ما روى أبو داود عن النبي ﷺ أنه سئل عن اللقطة؛ فقال: «مَا كَانَ مِنْهَا فِي طَرِيقِ الْمِيتَاءِ أَوِ الْقَرْيَةِ الْجَامِعَةِ فَعَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَجِئْ فَهِيَ لَكَ»[(٧)] فجعلها له، ولم يعتبر اختياره.

والطريق الميتاء: الطريق المسلوك القديمة[(٨)]، سميت بذلك؛ لإتيان الناس

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: إلا أن.
(٣) تقدم.
(٤) في جـ: تبعثه.
(٥) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٥٠) أوائل كتاب اللقطة، بعد حديث (٩/ ١٧٢٣).
(٦) سقط في جـ.
(٧) أخرجه أبو داود (١/ ٥٣٤) كتاب اللقطة: باب التعريف باللقطة (١٧١٠)، من حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده، وإسناده حسن.
(٨) في د: بالقربة.

فيها[١]. وروى: «فِي طَرِيقٍ مَأْتِيٍّ» [سميت به][٢]، لإتيان الناس إليها.

ولأن التعريف سبب التملك، فإذا حصل سبب الملك، تبعه الملك؛ كالاحتطاب والاحتشاش، وهذا ظاهر النص في «المختصر»، ونسبه الماوردي إلى قول أبي حفص بن الوكيل.

قال مجلي: ومنه من اشترط على هذا القول ألا يتغير قصد التملك[٣] إلى انقضاء المدة.

والصحيح الذي عليه عامة الأصحاب في الأصل: الأول.

وعلى هذا: فبم يحصل الاختيار؟ فيه خمسة أوجه:

أصحها: بالقول، وهو: أن يملكها[٤]، وما أشبهه؛ كما في البيع.

والثاني: بالقول والتصرف؛ تخريجًا من القرض[٥]؛ فإن التصرف في اللقطة بالاستقراض، وعلى هذا قال الرافعي: فيشبه أن يجيء الخلاف المذكور في القرض[٦] في أن الملك بأي نوع من التصرف يحصل؟

والثالث: بتجديد قصد التملك، ولا حاجة إلى لفظ ولا تصرف؛ لأن اللفظ إنما يعتبر حيث يكون هناك إيجاب.

وهذه الأوجه لم يذكر القاضي أبو الطيب وكثيرون سواها.

والرابع: بالنية والتصرف، حكاه الماوردي.

والخامس: بمجرد التصرف فيه، حكاه في «الحلية».

وإذا حصل الملك، قال البندنيجي: كانت قرضًا عليه يثبت بدلها في ذمته.

وحكى أبو الطيب الساوى في «الزيادات على الشرح»: أن أبا إسحاق سئل عن ذلك، فقال: يملكها بغير بدل، ولكن إذا جاء صاحبها وجب عليه الضمان حين الطلب؛ لأنه لو ثبت بدلها في ذمته لعزل ذلك عن تركته كالدين ورد عليه فيه.

قال: **وإن هلك قبل أن يملك[٧] لم يضمن**؛ لأنها محفوظة لصاحبها، ولم يفرط فيها؛ فلم يضمنها كالوديعة، ولا فرق في ذلك بين ما قبل إتمام الحول بالتعريف أو بعده إذا اعتبرنا [اختيار][٨] التملك ولم يوجد، كما صرح به ابن

---

(١) في د: عليها.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: المملك.
(٤) في د: تملكتها.
(٥) في د: الغرض.
(٦) في د: العوض.
(٧) في جـ: يتملك.
(٨) سقط في جـ.

الصباغ وأبو الطيب والبندنيجي، ووافق ذلك الغزالي إذا كان التلف قبل تمام الحول، وجزم [به][(١)] فيما إذا تلف[(٢)] بعده، وقبل التملك بالضمان إذا كان عزم التملك مطردًا؛ لأنه صار مُمْسِكًا لنفسه[(٣)] فأشبه المستام[(٤)]. وإن هلكت بعد اختيار التملك، وقلنا: لا بد [معه][(٥)] من التصرف - فلا شك أنها تكون من ضمانه، وإن لم يوجد التملك[(٦)]؛ كالمقرض. قال: «وإن **هلك**[(٧)] **بعد ما ملك ضمن**، خلافًا للكرابيسى من أصحابنا؛ فإنه قال: لا يضمن؛ لأنه مال لا يعرف مالكه، فإذا ملكه لم يلزمه ضمانه؛ كالركاز».

ودليلنا عليه: ما روى أبو داود في حديث زيد بن خالد أن النبي ﷺ قال: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَأَدِّهَا إِلَيْهِ[(٨)]، وَإِلَّا فَاعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا[(٩)] ثُمَّ كُلْهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَأَدِّهَا إِلَيْهِ»[(١٠)]، فأمره[(١١)] بالأداء إذا جاء صاحبها بعد الأكل، وما ضمن بالإتلاف بعد الحكم بالملك ضمن بالتلف في اليد؛ كالمبيع بعد القبض، ولأن النبي ﷺ أمر عليًّا بالغُرْم، فلما عجز به غرمه عنه، ولأن مقصود اللقطة حفظها على مالكها، وفي إسقاط الغرم استهلاك لها، ويخالف الركاز؛ فإن المقصود منه ليس الحفظ، بدليل أنه لم يجب تعريفه فصار كسبًا محضًا.

فعلى هذا: إن كانت من ذوات الأمثال ضمنها بالمثل، وإلا فبالقيمة وقت حصول الملك، فلو اختلفا في قدرها فالقول قول المتملك؛ لأنه غارم، كذا قاله الماوردي وغيره.

وقضية ما حكيناه من أن ملك[(١٢)] اللقطة كملك المقترض: يكون الواجب فيما له مثل صوري، [رد][(١٣)] المثل الصورى على الأصح؛ كما في القرض، وفي «الجيلي»: أنا إذا ضمناه القيمة فأيَّ قيمة تعتبر؟ فيه وجهان؛ كالصداق في يد الزوج يضمن فيه وقت التلف أو أكثر ما كانت من وقت القبض إلى التلف، وهذا

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: تلفت.
(٣) في د: لثقة.
(٤) في جـ: المسلم.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: الملك.
(٧) في جـ: هلكت.
(٨) في جـ: له.
(٩) في جـ: ووكلها.
(١٠) تقدم.
(١١) في جـ: وأمره.
(١٢) في د: تملك.
(١٣) سقط في جـ.

رأيته في «الحاوي» هكذا، لكن فيما إذا أخذ ما لا يمتنع من صغار السباع، واختار تملكه في الحال، والفرق بين المسألتين ظاهر.

وفي «رفع التمويه» أن القيمة بأي وقت تعتبر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يوم يطالب بها صاحبها.

والثاني: يوم ملكها؛ كالقرض.

وكأن الوجه الأول مفرع على ما حكاه أبو الطيب الساوي عن أبي إسحاق.

ولو لم تتلف، لكنها تعيَّبت[١] استرجعها مالكها، وغرم الملتقط أرش النقصان.

ومن أصحابنا من قال: هو بالخيار بين أن يأخذها ويطالبه بأرش النقصان، وبين أن يدعها ويطالبه بجميع بدلها.

قال القاضي أبو الطيب: وهذا غلط؛ لأن النبي ﷺ جعله أحق بها بكل حال.

وفي «الشامل»: أن القاضي في «المجرد» حكى وجهًا: أنه يقنع بها، ولا يغرمه الأرش؛ لأن النقصان كان ملكه.

وقال في «التهذيب»: صاحبها بالخيار: إن شاء رجع بها ولا أرش له، وإن شاء أخذ بدلها سالمة.

فرعان:

أحدهما: لو أخذ اللقطة على قصد الخيانة [والإحراز][٢] كان ضامنًا، فلو عرف ذلك وأراد التملك فجواب أكثرهم - وبه قطع الشيخ أبو محمد-: أنه لا يمكن[٣] منه.

وعن رواية الشيخ أبي عليٍّ وجهان، وجه التملك: وجود صورة الالتقاط والتعريف.

الثاني: لو أخذ على قصد الأمانة في الابتداء، ثم قصد الخيانة فأصح الوجهين: أنه لا يصير ضامنًا بمجرد القصد؛ كالمودع. ووجه الثاني: أن سبب أمانته مجرد نيته، وإلا فأخذ مال الغير بغير إذنه ورضاه مما يقتضي الضمان، بخلاف المودع؛ فإنه مسلط مؤتمن من جهة المالك.

---

(١) في جـ: تعينت.

(٢) سقط في جـ.

(٣) في د: يلزمه.

فعلى هذا: لو أقلع وأراد أن يعرف ثم يتملك فوجهان، أصحهما في «التهذيب»: الجواز، وإيراد الغزالي يشعر بخلافه، وهما جاريان فيما لو طرأت خيانة في الدوام ثم أقلع وأراد التعريف.

قال: **وإن جاء [صاحبها]**(١) **قبل**(٢) **التملك أخذها مع زيادتها، وإن جاء صاحبها بعد التملك أخذها مع الزيادة المتصلة دون الزيادة المنفصلة** ؛ كما إذا رد [إليه](٣) المبيع بالفسخ لعيب(٤) في الثمن، ومؤنة الرد في هذه الحالة على الملتقط.

وفي طريقة المراوزة حكاية وجه(٥): أن له إمساك العين ورد بدلها كما قيل به في القرض.

وعن الكرابيسي: أنه يمسك العين، ولا يرد بدلها؛ استدلالًا بقوله - عليه السلام-: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنَكَ بِهَا»(٦)، وروي: «وَإِلَّا فَهِيَ لَكَ»(٧) ولم يأمره برد شيء، والصحيح الأول.

فرع: إذا باع الملتقط العين، ثم جاء مالكها في زمن الخيار، ففي انفساخ العقد تفريعًا على الصحيح وجهان ردهما ابن كج إلى أنه هل يجبر الملتقط على الفسخ أم لا؟

قال: «**وإن جاء من يدعيها ووصفها، وغلب على ظنه صدقه، جاز أن يدفع إليه**» ؛ لأن الظاهر صدقه، **ولا يلزمه إلا ببينة**(٨)؛ لقوله ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»(٩)، ولأن صفة المطلوب من تمام الدعوى؛ فلم يجز(١٠) أن تكون بنية الطالب، ولأنه مال الغير؛ فلم يجز تسليمه بالوصف؛ كالوديعة إذا أشكل(١١) من دفعها إليه، وهذا ما ذكره عامة الأصحاب في كتبهم، ومنهم القاضي الحسين.

---

(١) سقط في التنبيه.
(٢) في التنبيه: بعد.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: بعيب.
(٥) في جـ: وجهه.
(٦) تقدم.
(٧) أخرجه أحمد (٢/ ٢٠٣)، والنسائي (٥/ ٤٤) كتاب الزكاة، باب: المعدن من حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه، عن جده.
(٨) في جـ: بنية.
(٩) تقدم.
(١٠) في د: يجب.
(١١) في د: تمكن.

وقال الإمام: ذهب طوائف من أئمتنا إلى وجوب الدفع بالوصف، وهو اختيار الشيخ أبي حامد فيما أظن.

ووجهه غيره: بأن إقامة البينة على اللقطة[١] قد تعز، وقد روي أنه ﷺ قال: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا[٢] فَعَرَفَ عِفَاصَهَا، وَعَدَدَهَا، فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ»[٣].

ولو وصفها ولم يغلب على الظن صدقه فلا يجب الدفع إليه اتفاقًا، وهل يجوز؟

المشهور: لا. وحكى الإمام ترددًا فيه.

ولا خلاف أنه يجب الدفع عند إقامة البينة، وهي شاهدان، أو رجل وامرأتان، أو شاهد ويمين. ولا يكفي إخبار[٤] البينة للملتقط [بذلك][٥]، وقيل: يكفي. وعلى هذا: فهل يشترط العدد أم يكفى الواحد؟ فيه وجهان في «الذخائر»، وهما من احتمالات الإمام، وكذلك وجه الاكتفاء بسماع الملتقط ذلك من شاهدين، والمنقول عن الأصحاب - كما قال الإمام-: أنه لا بد من الحاكم، ولا يكفي الواحد من غير يمين.

فرع: إذا دفع إليه بالوصف، ثم قامت بينة بأنها لغير الآخذ، نظر: إن كان الدفع بأمر الحاكم [و][٦] رأى ذلك، والمدفوع عين[٧] اللقطة، فلا ضمان على الدافع. وإن كان المدفوع بدلها، أو عينها بغير إذن الحاكم، وقد تلفت، غرم، وله الرجوع على القابض إن لم يعترف بأنها له بأن[٨] قال: غلب على ظني أنها لك. وإن كان قد أقر[٩] بأنها له لم يرجع عليه، ولمن أقام البينة مطالبة الآخذ إن كان قد قبض عين ماله بكل حال.

فرع: إذا أقام المدعي شاهدين عدلين عنده وعند الملتقط، وهما فاسقان عند الحاكم، فعن القاضي[١٠] الحسين وجهان في أن القاضي هل يلزمه الدفع

---

(١) في جـ: الملتقط.
(٢) في جـ: ناعيها.
(٣) أخرجه أبو داود (١/ ٥٣٤) كتاب اللقطة: باب التعريف باللقطة (١٧٠٨)، وقال أبو داود: ليست بمحفوظة.
(٤) في جـ: إجبار.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في د.
(٧) في جـ: غير.
(٨) في د: فإنه.
(٩) في جـ: أمر.
(١٠) في جـ: أبي.

لاعترافهما [بالعدالة][١]؟ والصحيح: المنع.

فرع: إذا عرف الملتقط صاحب اللقطة فعليه الرد عند التمكن[٢]، وإن لم يطالب على أظهر الوجهين، حكاه الرافعي في كتاب الوديعة.

قال: «وإن وجد اللقطة في الحرم لم يجز أن يلتقطها إلا للحفظ على ظاهر المذهب»؛ لما روي أن النبي ﷺ قال في مكة[٣]: «إِنَّ هَذَا الْبَلَدَ حَرَّمَهُ اللَّهُ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ: لَا يُعْضَدُ شَجَرُهُ، وَلَا يُنَفَّرُ صَيْدُهُ، وَلَا يَلْتَقِطُ لُقَطَتَهُ إِلَّا مَنْ عَرَّفَهَا»[٤].

وروي: «وَلَا تَحِلُّ لُقَطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ»[٥].

قال الماوردي: وفي تفسير المنشد تأويلان:

أحدهما - وهو قول أبي عبيد-: أنه صاحبها الطالب لها، والناشد هو الواجد المعرِّف؛ لأن النبي[٦] ﷺ قال: «لَا تَحِلُّ لِمَنْ يَتَمَلَّكُهَا، إِلَّا صَاحِبَهَا الَّتِي هِيَ لَهُ».

و[التأويل][٧] الثاني - وهو قول الشافعي-: أن المنشد: الواجد المعرِّف، والناشد هو المالك الطالب، روى أنه - عليه السلام - سمع رجلًا يَنْشُدُ في المسجد فقال: «أَيُّهَا النَّاشِد، غَيْرُكَ الْوَاجِد!»[٨]، معناه: لا وجدت؛ كأنه دعا عليه.

فعلى هذا معنى قوله: «وَلَا تَحِلُّ لُقَطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ» أي: لمعرف عزم [على][٩] تعريفها، ولا يتملكها.

قال: وقيل يجوز أن يلتقطها[١٠] للتملك ؛ لأن الالتقاط نوع كسب فاستوى فيه الحل والحرم؛ قياسًا على سائر أنواع الكسب، والمراد من الخبر: أنه لا بد من تعريفها كسائر البلاد؛ كي لا يتوهم أن تعريفها في الموسم كان لكثرة الناس، وبعد العود في طلبها من الآفاق.

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: التمكين.
(٣) في جـ: مسألة.
(٤) أخرجه البخاري (٤/ ٢٤٣) كتاب الحج، باب: فضل الحرم، حديث (١٥٨٧)، ومسلم (٢/ ٩٨٦) كتاب الحج، باب: تحريم مكة وصيدها، حديث (٤٤٥/ ١٣٥٣).
(٥) أخرجه البخاري (٨/ ٢٦) كتاب: المغازى، باب: (٥٣) حديث (٤٣١٣).
(٦) في جـ: للنبي.
(٧) سقط في جـ.
(٨) أخرجه عبد الرزاق (١/ ٤٤٠)، برقم (١٧٢٢، ١٧٢٣) من طريقين وهو مرسل.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) في جـ: يتملكها.

وقيل: فائدة التعريف على هذا: إيجاب التعريف في لقطة الحرم، وعدم إيجابه في لقطة غيره، والقائلون بالأول أبطلوا القياس بالاصطياد؛ لأنه[١] نوع كسب، ولا يجوز في الحرم، وعلى هذا: هل[٢] يجوز لقطة عرفة ومصلى إبراهيم؟ فيه وجهان في «الحاوي»، وجه المنع - وإن كانا من الحل-: أن ذلك مجتمع الحاجِّ ومنصرف النُّفَّار منه في سائر البلاد كالحرم.

قال: «**وإن كان الواجد عبدًا**» أي: لم يأذن له السيد في الالتقاط «**ففيه قولان:**

أحدهما: يجوز التقاطه»؛ لعموم قوله ﷺ: «مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ عَلَيْهَا ذَا عَدْلٍ أو ذَوَيْ عَدْلٍ»[٣]، ولأنه سبب للتمليك[٤] يصح من المجنون والصبى؛ فصح من العبد كالاحتطاب والصيد، وقد أشار الشافعي إلى هذا في الرهن الصغير من «الأم» كما حكاه البندنيجي بقوله: لأنها جهة من جهات الكسب؛ كالصيد. وقد نقل المزني هذا القول عما وضعه بخطه، ثم قال: ولا أعلمه سمع منه[٥].

قال: **ويملكها السيد بعد الحول إما بتعريفه أو بتعريف العبد**.

هذا اللفظ يفهم أن الشيخ فرع على أن الملك [يحصل][٦] بانقضاء التعريف فقط، كما صرح به في «المهذب»[٧]، وذكره بعض شارحي هذا الكتاب، وقد يقال: إن المراد به بيان أمرين يختصان بهذه المسألة:

أحدهما: بيان أن العبد يعتبر تعريفه كما اعتبر التقاطه على هذا القول، وإن كان بغير إذن السيد؛ لأن من صح منه الالتقاط - وهو صحيح العبارة - اعتد بتعريفه كالحر.

وفيه وجه: أنه لا يعتد به بدون الإذن.

الثاني: أن السيد يعتبر تعريفه - أيضًا - وإن لم يكن [ملتقطًا؛ لأن][٨] الثمرة تحصل له، ويد عبده الملتقط كيده، ويكون قصده بذلك التنبيه على مخالفة هذا

---

(١) في جـ: لا.
(٢) في جـ: قيل.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) في د: التملك.
(٥) في د: عنه.
(٦) سقط في د.
(٧) في جـ: التهذيب.
(٨) في د: ملتقط إلا أن.

حكمَ الهبة؛ حيث لو وهب للعبد فقبل السيد لا يصح، وكونه جعل الملك مسببًّا[(١)] عن التعريف لا يدل على عدم اعتبار اختيار التملك؛ لأن التعريف سبب في الملك قطعًا.

وإن قلنا: بأن الملك يتوقف على الاختيار؛ كقولنا: إن الملك في المبيع لا يحصل إلا بانقضاء[(٢)] الخيار، لا يخرج العقد عن أن يكون سببًا فيه، وقد ادعى الغزالي الإجماع عليه. وحينئذ فنقول: إن فرعنا على توقف الملك على الاختيار، فاختار السيد التملك بعد الحول، ملك لا محالة، لأنها من اكتساب عبده، وكذا إذا أذن للعبد فيه، ففعله، ويكون الضمان على السيد في هذه الحالة، وإن لم يختره، فتملكه العبد لنفسه، قال الماوردي: صح، و[كان][(٣)] للسيد انتزاعها منه، والبدل في ذمة العبد كما في القرض.

وقال الجمهور: لا يصح؛ لأنه ليس بأهل لأن يملك من جهة غير[(٤)] سيده، فإن تصرف فيها بعد ذلك، ضمن، لكن في ذمته أو رقبته؟ فيه وجهان في «المهذب»:

وجه الأول - وهو الذي أجاب به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ، والبندنيجي، والشيخ أبو محمد في «الفروق»، وحكى القاضي الحسين: أنه المنصوص عليه في «المختصر»-: التشبيه بالقرض الفاسد؛ فإن ذلك وجد في وقت التملك.

ومقابله: هو الذي صححه القاضي الحسين، وكلام ابن الصباغ مصرح بوجوب الضمان بعد التملك، وإن لم يوجد تصرف.

ولو تملكه العبد لسيده بغير إذنه ففي حصول الملك [للسيد][(٥)] طريقان أشار إليهما الإمام:

أحدهما: أنه على الوجهين في أنه يصح اتهابه[(٦)] بدون إذن السيد، أو على القولين في شرائه بغير إذن السيد.

والثاني: القطع بالمنع، بخلاف الهبة؛ فإنها لا تقتضي عوضًا، بخلاف الشراء؛

---

(١) في جـ: سببًا.
(٢) في د: بعد انقضاء.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: عن.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: إيهامه.

فإن الثمن لو صح تعلق بذمة العبد، وهنا يبعد [ألا يطالب مالك اللقطة السيد؛ لأنه لم يرض بذمة العبد، وهذا هو الأصح، وإن ثبت الخلاف][(١)].

وإن فرعنا على أن الملك يحصل بانقضاء التعريف، [فإن قلنا: عند اختيار العبد التملك للسيد يحصل له الملك، فكذلك هنا يحصل بانقضاء التعريف][(٢)]، وإلا ففيه احتمالان للإمام:

أحدهما: أن التعريف لا يصح بدون الإذن.

والثاني: يصح، ولا[(٣)] يحصل بسببه الملك؛ كما لا يثبت إذا عَرِي[(٤)] من قصد الحفظ ابتداءً[(٥)].

وحكم العين في يد العبد قبل انقضاء الحول إذا كان أمينًا حكم الحر، سواء علم به السيد [فأقره أو][(٦)] لم [يتعرض][(٧)] له، فإن تلفت من غير تفريط فلا ضمان، وإن أخر التعريف ففي الضمان الوجهان؛ ولو أتلفه ضمنه في رقبته عند الجمهور. وعن أبي إسحاق والقاضي أبي حامد: أن المسألة على قولين:

أحدهما هذا.

والثاني: التعلق بالذمة؛ لأنا إذا جوزنا الالتقاط، وكان[(٨)] المال حصل في يده برضا صاحبه، وإن كان خائنًا، وأذن له السيد في استمرار يده، ضمن؛ كما لو أخذها منه ثم سلمها إليه، ولو علم بها وأهمل أمره فهل يضمنها السيد؟ قال القاضي أبو الطيب: الحكم فيه مبني على القولين في نظير[(٩)] المسألة؛ تفريعًا على القول الثاني، فيجيء فيه وجهان:

أحدهما يضمن.

والثاني: لا يضمن.

ومقتضى كلامه أن العبد يتعلق الضمان برقبته بكل حال، كما سيأتي في الحالة الثانية، وهو مشكل؛ لما سيأتي أن الفاسق إذا صححنا التقاطه لا يضمن العين إلا إذا تعدى فيها.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: فلا.
(٤) في جـ، د: عرف.
(٥) في جـ: أبدًا.
(٦) في د: فأمره و.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في د: فكان.
(٩) في جـ: نظر.

وقول القاضي الحسين: إذا أذن له السيد في الإمساك فأتلفها العبد تعلق الضمان برقبته[١]، وإن تلفت في رقبته[٢] فالضمان[٣] في مال السيد مفهمٌ أن الضمان لا يتعلق برقبته إذا لم يتلفها، وحكمها بعد[٤] انقضاء الحول عند أمانة العبد وتملكه بإذن السيد لا يخفى. وإن أذن له ولم يتملك ثم تلفت ففي تعلق الضمان بالسيد وجهان منقولان في «النهاية»:

أظهرهما: التعلق؛ لأنه في سبب الضمان فصار كما لو أذن في استيام شيء فأخذه وتلف في يده.

والثاني: لا؛ كما لو أذن [له][٥] في الغصب.

وعلى القولين يتعلق الضمان برقبة العبد عنده، وهذا بناء على أن العين بعد انقضاء الحول وقبل التملك مضمونة، وقد حكيت عن العراقيين خلافه؛ فلا يتأتى عندهم هذا التفريع، ويكون حكمها كما قبل الحول.

قال: «**والثاني: لا يجوز**» التقاطه؛ لقوله ﷺ: «عَرِّفْهَا سَنَةً؛ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَأْتِ فَهِيَ لَكَ»، والعبد لا يصح أن يتملك؛ فدل على أن الخبر يتناول الأحرار دون العبيد؛ ولأن الالتقاط أمانة وولاية في الابتداء وتملك في الانتهاء، والعبد لا يملك ولا هو من أهل الولاية والأمانة، وهذا هو المنصوص في «الأم»، واختاره المزني وصاحب «المرشد» والجمهور، وفي بعض الشروح: أن ابن سريج[٦] قال: القولان مبنيان على أن العبد يملك، أما إذا قلنا: بأنه لا يملك، فليس له الالتقاط بحال.

قال الرافعي: وفي هذا نظر؛ من جهة أن القولين ليسا في [أن][٧] العبد هل يملك مطلقًا، وإنما هما في أنه هل يملك من جهة السيد؟ ولا تمليك هنا من جهته.

قلت: [قد][٨] يظهر أن مراد ابن سريج: الملك الواقع في ضمن الشراء بثمن

---

(١) في جـ: بيده.
(٢) في د: بيده.
(٣) في جـ: والضمان.
(٤) في جـ: عند.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: شريح.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في د.

في ذمته وبالإقراض، لا في مطلق الملك، وعلى هذا فيستقيم[(١)] البناء.

وعن صاحب «التقريب»: أن محل القولين إذا نوى نفسه، أما إذا نوى سيده، قال: احتمل طرد القولين، واحتمل القطع بالصحة، والاحتمال الثاني هو المذكور في «الحاوي».

وعن القاضي ابن كج حكاية عن أبي إسحاق والقاضي أبي حامد: أن القولين فيما إذا نوى سيده، أما إذا قصد نفسه لم يكن له ذلك قولًا واحدًا.

قال: «**فإن تلفت في يده ضمنها في رقبته**» [أي][(٢)]: سواء كان بتفريط أو غيره؛ لأنه مال لزمه لا برضا[(٣)] مستحقه فتعلق برقبته؛ كأرش الجناية، ولا فرق فيه بين أن يعلم السيد بذلك فلا يتعرض له، أو لا يعلم.

نعم، وإن علم وأقرها في يده وكان أمينًا، كما لو انتزعها من يده[(٤)]، وسنذكره. وإن كان خائنًا ضمنها السيد، وهل يسقط ضمانها عن رقبة العبد؟ فيه وجهان في «الحاوي». وإن لم يتعرض له بعد العلم فهل يكون السيد ضامنًا أيضًا؟ فيه اختلافُ[(٥)] نَقْلٍ عن الشافعي:

فالذى حكاه المزني عن «المختصر»: المنع؛ كما لو رآه يتلف مالًا فلم يمنعه.

والذى رواه الربيع: التعلق.

وعكس الإمام والغزالي ذلك: فنسبا الأول إلى رواية الربيع، والثاني إلى رواية المزني. وقد اختلف الأصحاب في المسألة على أربعة طرق:

أحدها: أن المسألة على قولين:

أظهرهما عند الروياني وغيره: التعلق بالسيد أيضًا.

قال القاضي أبو الطيب: ومن يرى بهذا لا يسلم عدم وجوب[(٦)] الضمان فيما إذا رأى عبده يتلف شيئًا على غيره، فسكت عنه.

والطريق الثاني: القطع بما رواه المزني.

والطريق الثالث: القطع بما رواه الربيع، وبه قال أبو إسحاق، ونسب المزني إلى الغلط؛ فإنه حكى في «الجامع الكبير» ما قاله الربيع، فأشعر بفعله هنا عن آخر الكلام.

---

(١) في جـ: فكتستقيم.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: رضى.
(٤) في جـ: سيده.
(٥) في جـ: خلاف.
(٦) في جـ: الوجوب.

والرابع - حكاه ابن أبي هريرة، وينسب[(١)] إلى أبي علي الطبري-: أن ما رواه المزني محمول على ما إذا كان [العبد بالغًا مميزًا، وما رواه الربيع محمول على ما إذا كان][(٢)] غير مميز[(٣)] لِصِبًا أو لكونه أعجميًّا.

قال: «**وإن**[(٤)] **دفعها إلى السيد زال عنه الضمان**»، هذا اللفظ يقتضي أمرين:

أحدهما: جواز الأخذ للسيد.

والثاني: براءة العبد بالأخذ.

وجه الأول - كما قاله الأصحاب-: أن يد العبد إذا لم تكن يد التقاط كان الحاصل في يده يعد ضائعًا[(٥)] لعدم ذمته في الحال؛ فجاز للسيد أخذه كما لو كان ملقًى.

ووجه الثاني: أن العبد دفعها إلى نائب المالك، فإن كان أهلًا للالتقاط كأنه نائب عنه.

وبهذا خالفت هذه المسألة ما إذا غصب العبد شيئًا ثم انتزعه منه سيده؛ حيث لا يزول[(٦)] الضمان؛ لأنه غير مأذون له في ذلك. ثم ما حكم يد السيد بعد الأخذ؟ فيها ثلاثة أوجه:

المشهور منها - وهو الصحيح في «تعليق» القاضي الحسين وغيره-: أنها يد ملتقط فيعرفها، ويتملكها، ولا يعتد بتعريف العبد السابق إن اتفق، واستبعد الإمام هذا؛ لما في الأخذ على هذا الوجه من سقوط الضمان عن العبد، وتضرُّر المالك به.

والثاني: أنها يد أمانة، وليس له أن يتملكها بعد التعريف؛ لأنه غير الواجد، حكاه الماوردي.

والثالث - حكاه القاضي الحسين وغيره-: أنه لا[(٧)] يمسكها في يده، بل يدفعها إلى الحاكم.

فإن قلنا: بأنها يد التقاط، فلو أراد أجنبي أن يأخذها من يد العبد [ابتداء][(٨)]،

---

(١) في د: ونسب.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: ضمين.
(٤) في د: فإن.
(٥) في ج: ضمانها.
(٦) في ج: يجوز.
(٧) في د: أن لا.
(٨) سقط في د.

جاز، وبرئ العبد كما أبداه ابن الصباغ احتمالًا، والإمام[١] تخريجًا على قاعدة العراقيين، وحكاه الرافعي ولم يعزه، وجعل المتولي أخذ الأجنبي على الخلاف فيما لو تعلق صيد بشبكة إنسان، فجاء غيره وأخذه، وسيأتي من كلام الأصحاب ما يأبى ذلك.

وإن قلنا: إن يده يد موصل إلى الحاكم، فسلم للحاكم برئ العبد، وإن لم يصل إلى الحاكم: فإن تلفت في يد السيد بعد [التمكن من][٢] الرد ضمن، وإن تلفت قبل التمكن من الرد لا يبرأ العبد، وهل يكون السيد طريقًا في الضمان؟ فيه وجهان؛ كذا حكاه المتولي في ولي الصبي، وقال: إن حكم[٣] العبد على هذا القول حكمه. وسلك الإمام طريقًا آخر فقال: إذا لم نجعل يد السيد يد التقاط ففي أخذه بنفسه وحفظه لمالكه وجهان مرتبان على أخذ الآحاد المغصوب للحفظ، [و][٤] أولى بعدم الجواز؛ لأن السيد ساعٍ[٥] لنفسه غير محتسب. ثم إذا جوزنا الأخذ ففي حصول البراءة وجهان مرتبان على الوجهين في براءة الغاصب إذا أخذ القاضي المال المغصوب منه، وأولى بألا[٦] يبرأ.

أما إذا كان العبد قد التقط بإذن سيده، بأن كان قد قال له: أي لقطة وجدتها فخذها، وأْتني بها، ففيه طريقان:

أحدهما: القطع بالصحة، وبه جزم الماوردي، وإليه ميل[٧] الإمام؛ كما لو أذن له في قبول الوديعة.

والثاني - عن ابن أبي هريرة-: طرد القولين؛ لما في اللقطة من معنى الولاية، والإذن لا يفيد أهليّتها.

ولو أذن له في التجارة والاكتساب مطلقًا هل يدخل الالتقاط فيه؟ فيه وجهان. ولو كان السيد قد نهاه عن الالتقاط، فعن الإصطخري: القطع بالمنع، وعن سائر الأصحاب - كما قال الماوردي-: أنه على ما مضى من القولين.

فرع: قال الماوردي: لو التقط العبد، ثم أُعْتِق قبل الحول فالصحيح: أنها

---

(١) في جـ: للإمام.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: علم.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: ستباع.
(٦) في جـ: بأن لا.
(٧) في جـ: مثل.

كسب للسيد؛ فله أن يتملكها.

وقال بعض أصحابنا: تكون كسبًا للعبد؛ لأنها قبل التعريف أمانة، وبعد التعريف كسب. وبنى ابن الصباغ والبندنيجي الأول على أن العبد يصح التقاطه، والثاني على قول المنع، وغيرهما جعل الخلاف المذكور مع قولنا بالصحة، وقال: إذا لم يصح التقاطه، كان للسيد حق التملك إذا قلنا للسيد التملك - على هذا القول - لو كان قِنًّا، وجواب المعظم: أنه ليس للسيد أخذها، وهل للعبد تملكها؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم.

ومقابله: لا؛ فيتسلمها الإمام وهذا يؤخذ[1] مما تقدم.

والمعلق عتقه بصفة والمدبر كالعبد، وكذا أم الولد، وإنما تخالفهم فيما إذا قلنا: لا يلتقط العبد، فالتقطت، وهلك[2] المال في يدها؛ فإن السيد يضمنه، سواء علم بالتقاطها أو لم يعلم - على المذهب - لكن هل قدر قيمتها، أو أقل الأمرين من قيمة اللقطة أو قيمة أم الولد؟ الخلاف يأتي في موضعه.

وفي «الأم»: أنه إذا لم يعلم فالضمان في ذمتها، وصححه[3] أبو إسحاق، وغيره قال: إنه سهو، وغلَّط [أبا إسحاق][4]؛ [لأنه شبه اللقطة بالإيداع على رأي، وليس المشبه بصحيح][5]؛ لأن التفريع على منع الالتقاط.

وفي «حلية الشاشي» طرد قول التعلق بذمتها، خاصة فيما إذا علم السيد أيضًا.

قال: «وإن كان نصفه حرًّا ونصفه عبدًا فهو كالحر على المنصوص» ؛ لأنه يملك بنصفه الحر حصته من الكسب كما يملك الحر، وله ذمة صحيحة؛ فعلى هذا قال: «فيكون بينه وبين مولاه» أي: [إذا][6] التقط يعرفان ويملكان إن لم تكن بينهما مهايأة كسائر الأكساب.

وعن أبي حفص بن الوكيل: أن السيد يختص بها، إلحاقًا للقطة القِنِّ.

قال: «فإن كان بينهما مهايأة» أي: مثل أن كان يكتسب لنفسه يومًا وعليه نفقته، ولسيده يومًا مثله وعليه نفقته، كما قال الماوردي «فهل تدخل اللقطة

---

(١) في جـ: يوجر.
(٢) في جـ: فهلك.
(٣) في جـ: مصححها.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في جـ.

فيها؟ فيه قولان»، وكذا في دخول الوصية والهبة والصدقة والرِّكاز، وكل ما هو نادر.

قال: «**أحدهما: تدخل**»؛ لأنها نوع كسب فكان كسائر الأكساب، وهذا هو الأصح في «الحاوي» وغيره، وهو المنصوص في «المختصر»، فعلى هذا قال: «**فإن وجدها في يومه كانت له**» أي[(١)]: فيعرفها ويملكها، «**وإن وجدها في يوم السيد كانت**[(٢)] **له**» أي: فيعرف ويملك كل المنافع.

وفي «الحاوي»: أنه إذا وجدها في يوم سيده: إن قصد بها سيده كانت له، وإن قصد بها نفسه كانت على القولين.

وأشار في «النهاية» إلى وجه آخر: وهو أن الاعتبار بوقت التملك، وأبدى ترددًا فيما إذا وقع الالتقاط في نوبة أحدهما وانقضاء مدة التعريف في نوبة[(٣)] الآخر، وعلى المذهب: الاعتبار في الهبة والصدقة بيوم القبض، وفي الوصية إن قلنا: يملك بالقبول، فالاعتبار بوقته، وإن قلنا: موقوف، اعتبرنا الموت في أي اليومين كان، كذا قاله القاضي الحسين [هنا.

وحكى الرافعي وجهًا آخر على قولنا: إنه يملك بالقبول، أن الاعتبار بيوم الموت - أيضًا - وصححه.

وحكى عن بعض الأصحاب وجهًا: أن الاعتبار بيوم الوصية مطلقًا، فإن وجدت الوصية في يوم السيد فهي له، وكذا إن وجدت في يوم العبد كانت له، ووجهًا: أن الاعتبار في الهبة بيوم العقد مطلقًا؛ بناء على أنا نتبين بالقبض حصول الملك بالعقد، ووجهًا: أن الاعتبار بيوم عقد الهبة، وإن قلنا إن الملك يحصل عقيب القبض][(٤)].

قال: «**والثاني: لا تدخل؛ [فتكون بينهما]**[(٥)]»؛ لأن المهايأة معاوضة؛ لأن كل واحد منهما يأخذ نصف الكسب في أحد اليومين بنصف الكسب في الآخر[(٦)]، والمعاوضة إنما تصح فيما يقدر على تسليمه ويكون معلومًا، والأكساب النادرة تتفق في وقت ولا يقدر عليها في كل وقت، فليست معلومة،

(١) في جـ: أو.
(٢) في التنبيه: فهي.
(٣) في جـ: بوبه.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: الآجر.

كذا قاله القاضيان الطبري والحسين. وهذا ما مال إليه العراقيون، والصيدلانى في زكاة الفطر.

[فعلى هذا: لو عمت الهبات والوصايا في قطر، فهل تدخل كالأكساب العامة، أو يجيء فيها هذا القول؟ فيه تردد للإمام، فطرده فيما إذا صرح بإدراج الأكساب النادرة في المهايأة، هل تدخل جزمًا، أو يجيء فيها هذا القول، كما(١) أبداه في الوصية؟](٢).

قال: «**وخرج فيه قول آخر: أنه كالعبد**»؛ لأن الرق الذي فيه كامل، وإذا كمل الرق ضعف التصرف فيما يقابل الرق، وإذا تحقق ذلك في بعض الملتقط عم جميعه؛ فإن التقاط البعض الذي يضاف إلى الحرية غير ممكن؛ إذ من ضرورته لقط الكل، فعلى هذا يكون على القولين في العبد، وإذا منعناه وأخذ كان ضامنًا للنصف في ذمته يؤخذ(٣) منه إن كان له مال، والنصف الآخر في رقبته.

وقيل: التقاطه في النصف جائز قولًا واحدًا، والطريقان فيما سواه، وهذا ما أبداه الشاشي في «المعتمد» احتمالًا، وأورده المتولي.

وقال الماوردي: إن التقاطه للنصف صحيح، والنصف الآخر إن قصد به سيده كان له، وإلا فعلى القولين.

وفي تعليق القاضي الحسين: أنا إذا قلنا: إنه ليس أهلًا للالتقاط، فالنصف له، والنصف لبيت المال.

تنبيه: ظاهر قول الشيخ: إنه كالحر، يقتضي أنه(٤) لا تنزع منه اللقطة، وكذا حكى ابن كج في أنها تنزع منه أو تبقى في يده ويضم إليه مشرف؟ والظاهر الانتزاع، ثم وجهين على القول بالانتزاع في أنه [هل](٥) يسلم إلى السيد أو يحفظه الحاكم إلى ظهور مالكه؟ والأظهر(٦) الثاني(٧).

---

(١) في جـ: كذا.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: أي خدمته.
(٤) في جـ: ألا.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: والظاهر.
(٧) قوله: قال - يعني: الشيخ - وإن كان نصفه حرًّا ونصفه عبدًا، فهو كالحر على المنصوص... إلى آخره.
ثم قال ما نصه: تنبيه: ظاهر قول الشيخ أن كالحر يقتضي أنه لا تنزع منه اللقطة.
وقد حكى ابن كج في أنها هل تنزع منه أو تبقى في يده، ويضم إليه مشرف؟ وجهين: =

قال: «وإن كان مكاتبًا ففيه قولان:

أحدهما: أنه كالحر يعرف ويملك»؛ لأنه يملك المال الذي في يده، ويملك التصرف فيه، وله ذمة صحيحة يمكن مطالبته بالحق أي وقت جاء صاحب اللقطة، مع أن اللقطة نوع اكتساب يستعين بها على أداء نجوم الكتابة، وهذا ما نص عليه في «المختصر» في موضع [من][(١)] «الأم»، وهو الصحيح.

«والثاني: أنه لا يلتقط»؛ لأنه وإن كان متصفًا بما ذكرناه لكن اللقطة تحتاج إلى حفظها لمالكها حولًا ويعرفها فيه، وذلك تبرع بأخذ[(٢)]، وحصول الملك موهوم؛ فمنع منه كتوكيله عن الغير بغير جعل[(٣)]، وإن أذن السيد [فيه][(٤)] على قولٍ.

قال: «فإذا أخذ انتزع الحاكم من يده وعرفه»؛ لتعذر إقرارها في يده وتسليمها إلى سيده؛ لأنه ليس له عليه ولاية.

قال: «ثم يتملك المكاتب»؛ لأن سبب التملك - وهو الالتقاط - وجد منه، وهو أهل له؛ لأنه [أهل لتملكٍ، والمنع منه كان لأجل الشرع، فإذا وجد الحفظ والتعريف][(٥)] من غيره - لعجزه عنه شرعًا - كان له التملك؛ كما في الصبي والمجنون إذا التقطا، ثم عرف وليهما وبلغ الصبى وعقل المجنون. وهذا ما حكاه ابن الصباغ عن الشيخ[(٦)] أبي حامد والقاضي أبي الطيب في «المجرد»؛ تفريعًا على قولنا بمنع الالتقاط، وبه جزم القاضي الحسين؛ تفريعًا على هذا أيضًا، ويرجع على هذا - حاصل الأمر[(٧)] إلى أن المكاتب يتملك اللقطة قطعًا،

= والظاهر الانتزاع، ثم وجهين على القول بالانتزاع في أنه يسلم إلى السيد أو يحفظه الحاكم إلى ظهور مالكه، والأظهر الثاني. انتهى كلامه.

وما ذكره عن ابن كج من تفريع هذين الخلافين على القول بإلحاقه بالحر، وصحة الالتقاط سهو، وإنما هما مفرعان على بطلان الالتقاط، كذا صرح به الرافعي في شرحه فقال: فإن قلنا لا يصح التقاطه، فهو متعديًا بالأخذ ضامن بقدر الجزية في ذمته، تؤخذ منه إن كان له مال ويقدر الرق في رقبته، وذكر القاضي ابن كج وجهين من أنه تنتزع منه أو تبقى في يده، ويضم إليه مشرف، والظاهر الانتزاع، ثم الوجهان على القول بالانتزاع في أنه يسلم إلى السيد أو يحفظه الحاكم إلى ظهور مالكه، والأظهر الثاني، هذا لفظه، ومنه أخذ المصنف. [أ و].

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: بأجر.
(٣) في جـ: عجل.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: القاضي.
(٧) في جـ: الأثر.

والخلاف في أنه هل تدام في يده أم لا؟ وهذا [هو][(١)] الذي حكاه الإمام عن العراقيين، واستحسن ما قالوه من القطع بالتملك، واستبعد ما ذكروه من إزالة يده. ووراء ذلك أمور [أخرى:][(٢)].

أحدها: حكى الشيخ في «المهذب» وابن الصباغ والقاضي أبو الطيب والبندنيجي والمراوزة في جواز التقاط المكاتب طريقين:

أحدهما: القطع بأنه كالحر.

والثاني: أنه كالعبد، فيكون في صحة التقاطه قولان[(٣)]:

أحدهما: [أنه][(٤)] يصح، ويكون الحكم كما على الطريق الأول.

والثاني: [أنه][(٥)] لا يصح؛ فإذا أخذ ضمن، وإذا أخذها الحاكم برئ المكاتب.

والحاكم يحفظ اللقطة لمالكها أبدًا، ولا يعرفها ولا يتملكها المكاتب - كما صرح به في «المهذب» والبندنيجي وأبو الطيب في «تعليقه» - ويظهر أن يأتي في البراءة بأخذ الحاكم ما سنذكره في براءة الصبي بأخذ الحاكم اللقطة منه.

قال القاضي أبو الطيب: ولا يبرأ المكاتب بالدفع إلى سيده؛ لأنه لا يَدَ له على شيء من أكسابه[(٦)]، وليس للسيد أن يأخذها منه؛ كما ليس له أن يأخذ شيئًا من أكسابه[(٧)]، ويخالف العبد؛ لأن كسبه له وله يد على ما في يده، وكذا حكاه الرافعي عن الأصحاب، وبه يقوى ما اختاره الشيخ أبو حامد من تملك المكاتب بعد تعريف القاضي على قولنا: لا يلتقط[(٨)]، ومنه يظهر أنا إذا قلنا: لا يصح التقاط العبد، ليس لأجنبي أن يأخذ ما التقطه العبد - كما أشرت إليه من قبل - لكن الرافعي جعل جواز أخذ[(٩)] الأجنبي ما التقطه العبد إذا لم يصح[(١٠)] التقاطه أصلًا، واستشكل عليه ما حكاه عن الأصحاب هنا، وقال: ليس السيد في حق المكاتب بأدنى من الأجنبي في القِنِّ. وعلى ذلك جرى ابن الصباغ؛ حيث اختار

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: قولين.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: أكتسابه.
(٧) في جـ: أكتسابه.
(٨) في د: يلتقطه.
(٩) في جـ: الأخذ.
(١٠) في جـ: نصيحّح.

أن من يجوز له الالتقاط إذا أخذها من يد المكاتب جاز ذلك، وبرئ من[١] الضمان كما في العبد.

الثاني: حكى ابن القطان طريقة قاطعة بالمنع، بخلاف القن؛ لأن سيده ينزعه من[٢] يده، والمكاتب انقطعت ولاية السيد عنه على نقصانه.

الثالث: حكى ابن كج خلافًا[٣] في أن الخلاف في المكاتب سواء صحت الكتابة أو فسدت، وفي المكاتب كتابة صحيحة، وأما المكاتب كتابة فاسدة فهو كالقن لا محالة، والصحيح: الثاني.

فروع:

إذا تملك المكاتب فبدَلُ اللقطة في كسبه، وفي تقديم صاحب اللقطة بها على سائر الغرماء وجهان مذكوران في «أمالي» أبي الفرج الوراق السرخسي.

وإذا عَتَقَ في مدة التعريف أتم، وإن عاد إلى الرق قبل تمام التعريف فالقاضي يأخذها ويحفظها للمالك.

وقال صاحب «التهذيب»: وجب أن يأخذها المولى[٤] ويعرفها ويملكها؛ لأن أخذ اللقطة اكتساب[٥]، وكسب المكاتب إذا عجز يكون للمولى، وكذا لو مات المكاتب أو العبد الملتقط؛ كما أن الحر لو مات بعد أن التقط عرف وارثُهُ وتملَّكَ.

قال: «**وإن كان فاسقًا كره له أن يلتقط**» ؛ كي لا تدعوه نفسه إلى إتلافها، وهل هذه الكراهة كراهة تنزيه أو تحريم؟ الذي حكاه القاضي أبو الطيب في أول هذا الباب: الثاني؛ فإنه قال: إذا كان خائنًا الأولى ألا يأخذها، و الذي حكاه ابن يونس الأول.

قال: «**فإن التقط، أقر في يده في أحد القولين**» ؛ لما روي أنه ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا حَوْلًا»[٦]، ولم يفرق، ولأن الالتقاط سبب التكسب؛ فهو كالاحتطاب والاحتشاش، ولأنه لما ساوى الأمين بعد الحول، فكذلك قبله، ولما لم يُنتزع من الأمين، فكذلك من غير الأمين،

---

(١) في جـ: في.
(٢) في جـ: في.
(٣) في د: اختلافًا.
(٤) في جـ: المالك.
(٥) في جـ: أكساب.
(٦) تقدم تخريجه.

وعلى هذا هل يضم مشرف يمنعه من التصرف فيه أم لا؟ فيه وجهان:

اختيار أبي علي الطبري في «إفصاحه»[١]: الأول، واختيار ابن أبي هريرة: الثاني.

قال: «وانتزع[٢] في الآخر» أي[٣]: ينزعها الحاكم؛ لأن اللقطة أمانة وولاية في السنة الأولى على مال لم يأتمنه، وغير الأمين ليس [من أهل][٤] الولايات، ولأن[٥] مال أولاده لا يقر في يده، فكيف مال الأجانب؟!

قال: «ويسلم إلى ثقة» ؛ احتياطًا لحفظها، وهذا هو الأصح، وعلى كل قول لا يضمنها إلى بالتعدى، كما قاله القاضي أبو الطيب في أوائل الباب.

قال: «وهل ينفرد بالتعريف» أي: الملتقط الفاسق؟ فيه قولان:

أحدهما: ينفرد به ؛ إذ لا خيانة في التعريف، [وهذا رواية الربيع.

والثاني: أنه يضم إليه من يشرف عليه ؛ خشية من التفريط في التعريف][٦].

وهذا أصح في «تعليق» القاضي أبي الطيب، وهو ظاهر النص في «المختصر».

وفي «الحاوي»: أن الأمين هو الذي يعرف على هذا القول، والقولان جاريان - كما قال أبو الطيب - سواء قلنا: إن اللقطة تقر في يده، أو لا.

ومؤنة التعريف عليه على القولين.

قال: «فإذا عرف تملكه» ؛ لأنه أهل للتملك، وهذه طريق أصحابنا العراقيين، وحكى الخراسانيون قولًا: أنه لا يصح التقاطه؛ كما في العبد.

فرع:[٧] الصبي إذا التقط صح التقاطه عند العراقيين كاصطياده.

وحكى المراوزة قولًا: أنه لا يصح؛ تغليبًا لشائبة الولاية والأمانة.

فعلى الأول إذا تلفت في يده من غير تفريط لا ضمان، وقيل: يضمن إذا أقامت في يده، والأول أرجح كما في الوديعة، وكما لو تلفت قبل تمكن الولى من أخذها، وإن كان التلف بتفريط منه لزمه الضمان في ماله، وإذا رآها الولى في يده لزمه أخذها منه، فإن لم يأخذها صار ضامنًا لها، وإذا أخذها من يده ناب عنه

---

(١) في جـ: الفصاحة.
(٢) في التنبيه: وينتزع.
(٣) في جـ: إن.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: لأنه.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: فروع.

في تعريفها، ثم إن رأى المصلحة في تمليكه جاز حيث يجوز الاستقراض عليه، [وقال ابن الصباغ: عندي يجوز له التملك وإن كان ممن لا يجوز الاستقراض عليه][١]؛ لأنا ألحقناها على هذا القول بالاكتساب[٢]، وإن لم ير التملك حفظها أمانة أو يسلمها إلى القاضي.

وإذا احتاج التعريف إلى مؤنة لم يعرفها[٣] من مال الصبي؛ بل يرفع الأمر إلى القاضي ليبيع جزءًا من اللقطة لمؤنة التعريف، وعلى الثاني: إذا تلفت في يد الصبي ضمنها في ماله، وليس للولى أن يقرها في يده، فإن أمكنه رفع الأمر إلى القاضي فعل، وإذا انتزع القاضي ففي براءة الصبي عن الضمان خلاف، والأولى حصول البراءة؛ نظرًا للطفل. وإن لم يمكنه الرفع إلى القاضي أخذه بنفسه، وفي براءة الصبي الخلاف المذكور في براءة الغاصب بأخذ الأجنبي المال المغصوب منه إذا جوزناه، فإن لم تحصل البراءة ففائدة الأخذ صون[٤] عين المال عن الضياع، وقد ذكرت عن المتولي شيئًا في ذلك فيما تقدم.

ولو ترك الولى المال فلم يأخذه حتى تلف.

قال المتولي: لا يضمن؛ لأنه لم يحصل في يده، ولا حق للصبى فيه حتى يلزم الحفظ ما إذا فرعنا على صحة التقاطه.

وقال الإمام: هذا إذا قلنا: إن أَخْذَه لا يبرئ، أما إذا قلنا: إنه يبرئ، فعليه الضمان. ويجوز أن يضمن وإن قلنا: إن أخذه لا يبرئ؛ لأن المال عرضةٌ للضياع فمن حقه أن يصونه.

وأطلق القاضي الحسين القول بوجوب الضمان عند عدم الأخذ، لكنه جعل القرار على الصبي، وهو موافق لما حكاه الإمام [عنه][٥] في كتاب الرهن فيما إذا تلاعب صبيان بَجوْزٍ؛ حيث قال: إذا حصل في يد صبي جَوْزاتُ صبي، وعلم بها الأب أو القيم أو من يلي بنفسه أو بتوليته، ولم ينزعها، وجب عليه الضمان؛ للتفريط، وإن علمت به أمه ولم تنزعها فلا ضمان عليها على الأصح؛ تخريجًا على أن الأم ليست ولية.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: بالأكساب.
(٣) في ج: يصرفها.
(٤) في د: تصون.
(٥) سقط في ج.

وقال الإمام: ثم لا إشكال[١] في ذلك وما ذكرناه في أخذ الولي إذا لم يقصد به الالتقاط، أما إذا قصد به ابتداء اللقطة ففيه وجهان، جواب الأكثرين منهما: المنع.

وحكم المجنون حكم الصبي، وكذا المحجور عليه بالسفه، إلا أنه يصح تعريفه [وكذا][٢] يملك لنفسه إذا كان الحظ[٣] فيه، كما قاله الماوردي.

وفي «الحلية»: أنه هل يصح تعريفه؟ فيه وجهان. ولعلهما محمولان على ما إذا فعله بدون إذن الولي.

قال: وإن كان كافرًا أي: ذميًا - كما قاله أبو الطيب - فقد قيل: يلتقط أي: في دار الإسلام وغيرها ويملك؛ لأن له ذمة صحيحة وولاية؛ لأنه يلي أمر ابنه الصغير وماله، فهو في معنى الحر المسلم، كذا وجهه القاضي أبو الطيب، «و» هذا وهو الأصح، فعلى هذا يقر في يده، وينفرد بالتعريف.

وقيل: فيه قولان كالفاسق، وهذه طريقة الشيخ أبي حامد.

قال الرافعي: وربما شرط في التجويز كونه عدلًا في دينه.

قال: وقيل: لا يلتقط في دار الإسلام، ولا يملك؛ كما ليس له أن يجبي؛ ولأن اللقطة أمانة وولاية فلا تثبت للكافر، وعلى هذا: إذا التقط أخذه الحاكم وحفظه لمالكه.

واعلم أن الشيخ نفى بقوله[٤]: ولا يملك توهُّمَ من يفهم أن الحكم فيه كالمكاتب إذا قلنا: لا يلتقط.

فرع: المرتد إذا التقط، إن قلنا: إن ملكه زائل، انتزع من يده؛ كما لو احتطب ينزع من يده.

قال: وإن وجد جارية، يحل[٥] له وطئها، أي: وهي غير مميزة[٦] لم يجز أن يلتقطها للتملك؛ لأن التملك في اللقطة كالتملك في القرض[٧]، وإقراض مثل هذه لا يجوز؛ فكذلك هاهنا.

---

(١) في جـ: الإشكال.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: الحط.
(٤) في جـ: قوله.
(٥) في التنبيه: تحل.
(٦) في جـ: متميزة.
(٧) في د: بالقرض.

قال: «**بل يأخذها للحفظ**» ؛ كما يجوز له استيداعها. ولو كانت ممن لا يحل [له][(١)] كالمجوسية وأخته المملوكة التي أبيعت لمن لا يعرفه في موضع لا يعرفه، جاز له التقاطها للتملك؛ كما يجوز إقراضها.

وفي طريقة[(٢)] المراوزة حكاية وجه في جواز التقاط من [تحل له للتملك][(٣)] كما قيل به في القرض.

وفي «حلية» الشاشي حكاية وجهين مطلقين في جواز التقاط الجارية للتملك.

وإذا جمعت ذلك حصل في المسألتين ثلاثة أوجه [كما][(٤)] حكاها مجلي، والمجزوم به في الرافعي في صورة التحريم الجواز، وجعل[(٥)] الجيلي محل الوجهين فيما إذا كانت تحل له إذا قلنا: يجب عليه رد عين اللقطة. أما إذا قلنا: لا يجب، فيجوز الالتقاط وجهًا واحدًا.

ثم على قول المنع - وهو المشهور - تباع على مالكها إن كان البيع أحظ له، ثم هل يجوز للواجد أن يتملك ثمنها أم لا؟ على وجهين في «الحاوي»، وجه الجواز: أن معنى الأصل مفقود في الثمن.

أما إذا كانت الجارية مميزة لم يجز التقاطها، قاله مجلي.

والعبد الصغير يجوز التقاطه ونفقته في كسبه، فإن فضل منه شيء حفظ معه.

وقال في «التتمة»: يكون لقطة كالأصل.

وإن لم يكن له كسب فعلى ما سنذكره في غير الآدمي.

وإذا بيع، ثم ظهر المالك وقال: كنت أعتقته[(٦)] قبل البيع، فأظهر القولين عند الشيخ أبي حامد، وهو ظاهر النص في «المختصر»: أنه يقبل قوله ويحكم بفساد البيع؛ إذ لا تهمة.

وحكى القاضي أبو الطيب طريقة قاطعة بعدم القبول وصححها.

فعلى هذا: لو أكذب نفسه في دعوى العتق هل يقبل منه بالنسبة إلى تملكه الثمن خاصة؟ فيه وجهان في «الحاوي».

قال: وإن وجد ضالة تمتنع من صغار السباع، أي: مثل صغار الثعالب، وابن

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: طريق.
(٣) في د: يحل له التملك.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: وحكى.
(٦) في جـ: أعتقه.

آوى، وأولاد الذئب ونحو ذلك.

قال: «**لقوته: كالإبل، والبقر**» أي: والخيل والبغال والحمير، «**أو بسرعته**[١]**، كالظباء**[٢]» أي: والأرانب المملوكة «**أو بطيرانه كالحمام - فإن كان في مهلكة لم يلتقطها للتملك**» ؛ لقوله ﷺ حين سئل عن ضالة الإبل: «مَا لَكَ وَلَهَا ؟!» الحديث السابق. فنص على منع التقاط الإبل، وقسنا الباقي عليها.

والمهلكة - بفتح الميم وفتح اللام وكسرها-: موضع خوف الهلاك، والمراد بها هاهنا: البرية مطلقًا، وهي[٣] ما سوى القرى.

قال: **فإن التقط لذلك ضمن** ؛ لتعديه بأخذه ما ليس له عليه ولاية من جهة [مالكه ولا من جهة][٤] الشرع.

قال: «**وإن سلمها إلى الحاكم برىء من الضمان**» ؛ لأن للحاكم الولاية على مال الغائبين بدليل جواز أخذه ذلك للحفظ، وهذا هو الأصح.

وقيل: لا يبرأ؛ إذ لا ولاية للحاكم على رشيد، وقد يكون لحاضر لا يولى عليه، ولا خلاف[٥] عندنا: أنه إذا ردها إلى الموضع الذي أخذها منه لا يبرأ.

قال: «**وإن التقط للحفظ: فإن كان حاكمًا جاز**» ؛ لأن له ولاية على أموال الغُيَّب[٦]، وقد كان لعمر - رضي الله عنه - حظيرة يحفظ فيها الضوال، [فعلى هذا: إن كان هناك حمى سرحها فيه، ووسمها ووسم الضوال][٧]، ويَسِمُ نتاجها أيضًا، وإن لم يكن حمى فالقول في بيعها كلها أو بيع بعضها للنفقة - كما سنذكره - فيما إذا كانت في البلد والتقطها غير الحاكم تملُّك، لكن لو توقع مجيء المالك في طلبها عن قرب بأن عرف بأنها من[٨] نعم بني فلان، تأنَّى[٩] أيامًا كما يراه، وحكم نائب الحاكم حكمه.

قال: «**وإن كان غيره فقد قيل: يجوز**»، كي لا يأخذها خائن فتضيع، وهذا أظهر عند الشيخ أبي حامد والمتولي وغيرهما، ويحكي[١٠] عن رواية الربيع [عن

---

(١) في التنبيه: لسرعته.
(٢) في التنبيه: كالظبى.
(٣) في جـ: وهو.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: يخاف.
(٦) في جـ: الغائب.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: في.
(٩) في جـ: يأتي.
(١٠) في د: محكي.

النص][(١)] «وقيل: لا يجوز»؛ إذ لا ولاية [له][(٢)] على المالك، ويخالف الحاكم؛ لأنه مرصد للمصالح وهذا منها، وهو أظهر عند البغوي.

وهذا كله فيما إذا كان زمنَ أمنٍ، أما إذا كان زمن الفساد والنهب فيجوز التقاطها - كما سيأتي - فيما لا يمتنع من صغار السباع، ذكره المتولي وغيره، وألحق الماوردي بذلك ما إذا عرف مالكها فأخذها ليردها إليه[(٣)]، وأنها تكون أمانة في يده إلى أن يردها إليه مع حكاية الخلاف السابق عند عدم معرفته.

قال: «وإن كان مما لا يمتنع» أي: من صغار السباع «كالغنم وصغار الإبل والبقر، جاز التقاطه» أي: للحفظ والتملك؛ لقوله ﷺ في حديث زيد بن خالد لما سئل عن الغنم: «هِيَ لَكَ [أَوْ][(٤)] لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ»؛ فثبت فيها بالنص، وقيس الباقي عليها، وفي معنى ما ذكر: الكسيرُ من كبار الإبل.

قال: فإن التقطه فهو بالخيار بين أن يحفظها على صاحبها ويتبرع بالإنفاق عليها، وبين أن يعرِّفها سنة ثم يتملكها، وبين أن يأكلها ويغرم قيمتها إذا جاء صاحبها أو يبيعها في الحال» أي بأن ينقلها إلى بلد «ويحفظ ثمنها على صاحبها، ويعرفه سنة ثم يتملكه[(٥)]»؛ لأنه إذا لم يفعل ذلك، فاستبقى الحيوان غيرَ متبرعٍ بنفقته، احتاج إلى نفقة دائمة تذهب قيمة الحيوان وغيرها، وفي ذلك إضرار بالمالك.

وفي «الحاوي»: أن له أن يتملكها في الحال ويستبقيها، كما له أن يأكلها.

وحكى وجهًا عن الأصحاب: أنه إذا أراد أن يستبقيها في يده أمانة لا يجوز ويضمنها؛ لأن إباحة أخذها مقصورٌ على الأكل المؤدي للضمان دون الأئتمان.

وعلى المذهب: إذا استبقاها، ثم عن له تملكها بالإنفاق عليها، ولا حمى للمسلمين، فلينفق بإذن الحاكم إن أراد الرجوع، [فلو لم يستأذنه][(٦)] مع القدرة، لم يرجع، وإن لم يقدر على إذنه فأنفق ولم يشهد لم يرجع، وإن أشهد واشترط الرجوع فهل يرجع؟ فيه وجهان في «الحاوي»، وقد يطلب [الفرق][(٧)] على هذا

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: عليه.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: يتملك.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في جـ.

بين هذه المسألة وبين ما إذا أنفق مؤنة التعريف؛ فإن الماوردي حكى في رجوعه عند الإشهاد مع وجود الحاكم وجهين، وهل يجوز بيع جزء منها لنفقة الباقي؟

قال الإمام: نعم؛ كما يباع جميعها.

وحكى عن شيخه احتمالًا: أنه لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى أن يأكل بقيتها(١)، وهذا ما أورده أبو الفرج الزاز، وإن كان ثم حمى وأنفق فهو متبرع.

فرع: إذا تملكها، ثم نوى أن يسقط [عنه](٢) ملكه ويحفظها على مالكها(٣)، لم يسقط عنه الضمان، وهل يزول ملكه عنها؟ فيه وجهان في «الحاوي».

فإن قلنا: لا يزول، أو: لم يقصد حفظها لمالكها، ثم أفلس كان صاحبها أحق بها من الغرماء، وإذا اختار الأكل فأكل فظاهر كلام الشيخ: أنه لا يجب التعريف بعده كما هو ظاهر النص.

وبه قال بعض الأصحاب، وصححه القاضي الحسين. وحُكِيَ وجه آخر: أنه يجب(٤)، وأُجرِيَ في وجوب إفراز(٥) القيمة من ماله بعد الأكل، كما سنذكره.

قال: «**فإن وجد في البلد**» أي: ما يمتنع من صغار السباع وما لا يمتنع منها «**فهو لقطة يعرفها سنة**» ؛ لفقد ما أشار إليه النبي ﷺ من العلة وهي الاستقلال؛ لأن الصغار والكبار يخاف عليها في البلد، ولأن البهائم في العمران لا تهمل،

---

(١) في د: نفسها.

(٢) سقط في جـ.

(٣) في د: صاحبها.

(٤) قوله: وإن التقط ما لا يمتنع من صغار السباع؛ كالغنم، فهو بالخيار بين الأكل على آخره، ثم قال: وإذا اختار الأكل، فأكل، فظاهر كلام الشيخ أنه لا يجب التعريف بعده؛ كما هو ظاهر النص.
وبه قال بعض الأصحاب، وصححه القاضي حسين، وحكى وجهًا آخر أنه يجب. انتهى كلامه.
وما ذكره عن القاضي حسين وهم، فإن الذي صححه إنما هو وجوب التعريف، فإنه ذكر المسألة في أول الباب، وذكر أنه مخير بين أن يأكل ويغرم القيمة، أو يبيع ويحفظ الثمن، أو يمسكها وينتزع، ثم قال ما نصه: وهل يجب عليه أن يعرفها، فعلى قولين:
أحدهما: لا لأنه ﷺ أمر بتعريف الحيوان ولم يأمر بتعريف القيمة والثمن.
والثاني وهو الأصح: عليه أن يعرفها سنة في بعض البلدان التي تقرب من ذلك الموضع، هذا لفظه بحروفه فأشار بقوله بتعريف القيمة إلى حالة الأكل، وبقوله: والثمن إلى حالة البيع، ولم يذكر غير ذلك ثم ذكر أيضًا نحو ذلك فيما إذا وجدها في البلد، فإنه حكى الخلاف في أنه: هل يأكل أم لا؟ ثم قال: فإن قلنا: جاز له ١٩٦/ أ أكلها هل يجب عليه أن يعرفها؟ فعلى ما ذكرناه من الوجهين، هذا لفظه، ومقتضاه تصحيح الوجوب أيضًا. [أ و].

(٥) في جـ: إقرار.

وفي الصحراء [قد][١] تهمل وتسرح؛ فيحتمل أن صاحبها لم يصلها، وهذا هو الأصح، وبه قال أبو إسحاق. وحكم القرية وما جاورها[٢] حكم البلد.

قال: «**إلا أنه إذا وجدها في البلد لا يأكل**» ؛ لإمكان البيع، «**وفي الصحراء يأكل**» أي: ما يجوز له التقاطه وهو مما لا يمتنع؛ لتعذر بيعه إلا بمشقة[٣] تحصل بسبب نقلها إلى البلد[٤].

قال: «**وقيل: هو كما لو وجده في الصحراء لا يأخذ الممتنع، ويأخذ غير الممتنع**» ؛ لعموم الخبر، **إلا أنه ليس له الأكل في البلد، وله الأكل في الصحراء**، وهذا قد أثبته بعضهم وجهًا، وبعضهم قولًا.

وحكى عن القاضي أبي حامد حكاية طريقين آخرين[٥]:

أحدهما: القطع بالأول.

والثاني: القطع بالثاني.

وعنه: أنه يجوز الأكل في البلد أيضًا؛ قياسًا على ما يتسارع إليه الفساد.

وعن صاحب «التقريب» وجه: أن ما لا يمتنع لا يلتقط في العمران؛ لأن الحيوان لا يكاد يضيع.

فرع: صغار ما لا يؤكل: كالجحش والفَلُوِّ، يجوز التقاطها، وحكمه في الإمساك والبيع حكم المأكول، وهل يجوز تملكها في الحال؟ فيه وجهان:

أحدهم: نعم، كما يجوز أكل ما [لا] يؤكل.

وأصحهما: المنع؛ لأن الشاة إنما جاز أكلها للحديث.

قال: «**وإن كان ما وجده مما لا يمكن حفظه كالهريسة**[٦] **وغيرها**» أي: ما يتسارع إليه الفساد [كالشواء والبطيخ] والخيار «**فهو مخير بين أن يأكل وبين أن يبيع**» كما سبق في الغنم، والبيع أولى، **فإن أكل عزل قيمته مدة التعريف وعرف**، [أي: اللقطة][٧] «**سنة**» أي: إذا كان في البلد، **ثم** «**يتصرف فيها**» ؛ لأنه ليس له أن يتصرف في اللقطة قبل الحول، فإذا أكل أقيمت القيمة مقامها.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: قاربها.
(٣) في جـ: بشقة.
(٤) في جـ: بلد.
(٥) في جـ: أخرى.
(٦) في جـ: كالفريسة.
(٧) سقط في جـ.

ثم ظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه الذي يعزل القيمة، فإذا عزلها صارت ملكًا لصاحب اللقطة، فإن تلفت من غير تفريط لا ضمان على الملتقط، كما صرح به القاضيان أبو الطيب والحسين وغيرهما.

وفي «الرافعي»: أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليقبض عن صاحب المال(١).

وقال في «الإشراف»: إنه الوجه المنقاس.

فإن لم يجد حاكمًا فهل للملتقط بسلطان(٢) الالتقاط أن يُنِيب(٣) عنه؟ فيه احتمال للإمام(٤). وإذا فرزها(٥)، قال الغزالي: لم تصر ملكًا لصاحب المال، لكن هو أولى بتملكها، ويقدم بها عند إفلاس الملتقط. وفي ذلك نظر؛ لأنه لو كان كذلك لما سقط حقه بهلاك القيمة المفروزة(٦)، وقد نص على السقوط وعلى أنه إذا مضت مدة التعريف كان له أن يتملك تلك القيمة، وهذا يقتضي صيرورتها ملكًا لصاحب اللقطة(٧).

---

(١) قوله: وإن كان ما وجده مما لا يمكن حفظه، كالهريسة، والخيار فهو مخير بين أن يأكل، وبين أن يبيع، فإن أكل عزل قيمته مدة التعريف؛ كما قاله الشيخ، ثم ظاهر كلامه يقتضي: أنه الذي يعزل القيمة، وإذا عزلها صارت ملكًا لصاحب اللقطة، كما صرح به القاضيان أبو الطيب والحسين وغيرهما.
وفي الرافعي: أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليقبض عن صاحب المال. انتهى كلامه.
وكلامه يوهم إيهامًا كبيرًا أن القاضيين قد صرحا بأنه الذي يعزل وليس كذلك، فقد راجعت كلامهما معًا فلم أجد فيهما إلا مثل عبارة الشيخ، فينبغي أن يجعل التصريح راجعًا إلى صيرورته ملكًا وما يترتب عليه. [أ و].

(٢) في جـ: لسلطان.

(٣) في جـ: ثبت.

(٤) قوله: فإن قلنا: يرفع إلى القاضي ليقبض عن صاحب المال، فلم يجد حاكمًا، فهل للملتقط بسلطان الالتقاط أن ينيب عنه؟ فيه احتمال للإمام. انتهى كلامه.
وتقييد هذا الاحتمال بحالة عدم الحاكم قلد فيه الرافعي وليس كذلك؛ فقد صرح الإمام بأن الاحتمال يجري مع وجود الحاكم وغيبته. [أ و].

(٥) في جـ: قررها.

(٦) في جـ: المقدورة.

(٧) قوله: وإذا أقر القيمة، قال الغزالي: فلا تصير ملكًا لصاحب اللقطة، لكنه هو أولى بتملكها ويقدم بها عند إفلاس الملتقط، وفي ذلك نظر؛ لأنه لو كان كذلك لما سقط حقه بهلاك القيمة المفروزة وقد نص على السقوط، وعلى أنه إذا مضت مدة التعريف كان له أن يتملك تلك القيمة، وهذا يقتضي صيرورتها ملكًا لصاحب اللقطة. انتهى كلامه.
وما نقله عن الغزالي من جواز تملكه للقيمة بعد التعريف غلط أوقعه فيه كلام الرافعي، كما أوضحته في المهمات. وعبارته في الوسيط: فالأظهر: أنه لا يرتفع الحجر بل يحفظه أبدًا لمالكه؛ لأنه بدل اللقطة لا عينها. انتهى كلامه.

=

قال: «**وقيل: يعرف، ولا يعزل القيمة**»؛ لأن البدل إذا لم يعزل مَرْضٌ، وإذا عزل أمانة، والقرض - لأنه في الذمة - لا يخشى هلاكه، وهذا قول أبي إسحاق، وهو الأظهر في «الرافعي».

أما إذا كان في الصحراء، فقد قال الإمام: الظاهر أنه لا يجب التعريف؛ لأنه لا فائدة فيه في الصحراء.

وإذا تأخر بعد العثور على المستحق فقد حكى القاضي الحسين قولًا في عدم وجوب التعريف؛ أخذًا من عدم وجوبه في الشاة في الصحراء، ثم قال: والصحيح الفرق، وهو أن الطعام يمكن تعريفه حيث وجد، بخلاف الشاة في المفازة.

وحكي قول آخر قال به أبو إسحاق وابن أبي هريرة وطائفة: أنه لا يجوز له الأكل في البلد، بل يبيع[1]؛ لأن البيع متيسر في العمران.

والأول أرجح عند عامة الأصحاب، ومنهم من قطع به كالشيخ.

وحكى الماوردي أن أبا علي الطبري حمل القولين على اختلافٍ، وقال: إن تيسر البيع فلا يأكل، وإلا فيأكل.

وقال الصيمري: إن كان الآخذ فقيرًا أكل، وإن كان غنيًّا لم يَسُغ الأكل.

ولا خلاف أنه إذا لم يقدر على البيع جاز له الأكل، قاله القاضي الحسين.

فرع: إذا اختلفت القيمة يوم الأخذ ويوم الأكل ففي بعض الشروح: أنه إن أخذ للأكل غرم قيمته يوم الأخذ، وإن أخذ للتعريف اعتبر قيمته يوم الأكل.

قال: **وإذا أراد البيع رفع[2] إلى الحاكم** لولايته، **فإن[3] لم يكن حاكم باع بنفسه وحبس ثمنه[4]**؛ لأنه موضع ضرورة، فلو باع بنفسه مع وجود الحاكم فأظهر الوجهين - وبه قال أبو حامد وأبو الطيب في «تعليقه»-: أنه لا يجوز، بل لا بد من استئذانه.

ووجه الثاني: أن الملتقط ناب عن المالك في الحفظ؛ فكذلك في البيع. وهذا الترتيب في الخلاف يجري في كل موضع جوزنا فيه بيع اللقطة كما نبه عليه الرافعي.

= وذكر القاضي حسين: أنا إذا قلنا لا يحتاج إلى عزل القيمة، فلا بد من عزلها بعد الحول وقبل التملك؛ لأن التمليك يستدعي عينًا، وتمليك الدين غير صحيح. [أ و].

(١) في جـ: فيبيع.
(٢) في د: دفع.
(٣) في التنبيه: وإن.
(٤) في د: قيمته.

وفي «الحاوي»: أن قول المنع هنا لا يأتي في واجد الشاة؛ لأن يده على الشاة أقوى لما استحقه عاجلًا من أهلها.

فرع: لو حضر المالك في زمن الخيار كان له فسخ البيع وجهًا واحدًا لبيعها في حقها؛ كالوكيل، قاله الماوردي.

قال: وإن كان ما وجده [مما][١] **يمكن حفظه]**[٢] **كالرطب، فإن كان الحظ في بيعه باعه**، وإن كان [الحظ][٣] **في تجفيفه جففه** إحرازًا للحفظ، ولو احتاج إلى بيع البعض لأجل التجفيف باعه.

فروع:

إذا وجد كلبًا يقتنى فهل يجوز التقاطه لغير الحفظ؟

الذي مال إليه الإمام: لا؛ لأن الاختصاص به بالعوض ممتنع، ولا بعوضٍ يخالف وضع اللقطة.

وقال أكثرهم: يعرفه سنة ثم يختص به وينتفع، فإن ظهر صاحبه بعد ذلك وقد تلف لم يضمنه، وهل عليه أجرة المثل لمنفعة تلك المدة؟ فيه وجهان؛ بناء على إجارته، وجعل ابن الصباغ الانتفاع به مخرجًا على [جواز][٤] إجارته[٥].

ولو وجد خمرًا أراقها صاحبها، فأخذها، قال في «المهذب»: لم يلزمه تعريفها، وإذا صارت عنده خلًّا فهل هو للمريق أو الآخذ؟ فيه وجهان، الوجه الثاني: كون المريق أسقط[٦] حقه منها، بخلاف الغصب؛ فإنها حينئذ مأخوذة بغير رضاه.

---

(١) سقط في التنبيه.

(٢) في جـ: ما لا يمكن.

(٣) سقط في التنبيه.

(٤) سقط في جـ.

(٥) قوله: فروع: إذا وجد كلبًا يقتنى فهل يجوز التقاطه لغير الحفظ؟ الذي مال إليه الإمام؛ لا؛ لأن الاختصاص به بالعوض ممتنع، وبغير عوض يخالف وضع اللقطة.
وقال أكثرهم: يعرف سنة ثم يختص به وينتفع، فإن ظهر صاحبه بعد ذلك وقد تلف، لم يضمنه، وهل عليه أجرة المثل لمنفعة تلك المدة؟ فيه وجهان بناءً على إجارته، وجعل ابن الصباغ الانتفاع به مخرجًا على جواز إجارته انتهى كلامه.
وما ذكره عن ابن الصباغ سهو، فإن الذي قاله إنما هو الذي قاله غيره، وهو تخريج الخلاف في ضمان الأجرة على الوجهين في الإجارة، فإنه قال ما نصه: فرع إذا التقط كلب صيد، كان له إمساكه ولم يكن له الانتفاع به، فإذا عرفه حولًا، كان له الانتفاع به ولا يضمن عينه؛ لأنه لا قيمة له، وأما المنفعة فينبغي أن تكون على الوجهين في جواز إجارة الكلب. هذا لفظه بحروفه. [أ و].

(٦) في جـ: أحتفظ بحقه.

وجزم الرافعي بأن المحترمة إذا ضاعت من صاحبها، بأنها تعرف كالكلب.

ولو ضاعت اللقطة من الملتقط، فوجدها غيره أطلق الجمهور: أن الأول أحق بها.

وقيل: الثاني أحق إذا لم يكن الأول قد تملكها، حكاه ابن كج.

ولو تماشى اثنان، فرأى أحدهما لقطة، فقال الآخر: ناولنيها، فأخذها لنفسه، كان هو الملتقط، وإن أخذها للآمر فوجهان بناءً على جواز التوكيل في الاحتطاب والاحتشاش. والله أعلم.



باب اللقيط

اللقيط، والملقوط، والمنبوذ، والمُدَّعَى[1]: اسم للطفل الذي يوجد مطروحًا، وهو «فعيل» بمعنى «مفعول»؛ كقتيل، ورهين، ودهين، وخصيب. وسمى لقيطًا؛ لأنه يلتقط، ومنبوذًا؛ لأنه ينبذ، ويرمى.

وأصل الالتقاط: وجود الشيء على غير طلب.

وهو في الشرع: دفع صبي لا متعهِّد له للقيام بحضانته.

فمن هو مستغنٍ عن الحضانة محتاج إلى الكفالة كالمميز، لا يدخل في ذلك، وللإمام احتمال في جواز التقاطه.

وقربه بعضهم من منع التفرقة بينه وبين أمه؛ إلحاقًا بغير المميز، وهو ما اقتضاه كلام القاضي الحسين عند ازدحام شخصين على الالتقاط؛ حيث قال: يقرع بينهما، سواء كان ابن سبع، أو أقل، أو أكثر، وحكاه البندنيجي عن الشافعي في «الأم». وقال الرافعي: إنه الأوفق لكلام الأكثرين.

فعلى هذا ينبغي أن يقال: هو في الشرع أخذ صبي لا متعهِّد له للقيام بتربيته.

قال: «[و][2] **التقاط المنبوذ فرض على الكفاية**» ؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢] فوجبت المعاونة على كفالة الطفل؛ لأنها من البر والتقوى، ولأنه آدمي له حرمة فوجب حفظه؛ كالمضطر إلى طعام الغير، بل أولى؛ لأن البالغ ربما احتال لنفسه، والطفل لا حيلة له. فعلى هذا إذا التقطه أهل الحضانة سقط الفرض عمن علم به، وإلا أثم من علم به من أهل تلك الناحية.

قال: «**فإذا وجد لقيط حكم بحريته**» أي: ظاهرًا لما روى [الزهري][3] أن رجلًا من بني سليم يقال له أبو جملية وجد منبوذًا، فأتى به عمر، فقال له عمر: ما حملك على أخذ هذه النسمة[4]؟ فقال: وجدتها، ضائعة؛ فأخذتها، فقال عريفه:

---

(١) في ج: الراعي.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) في د: القيمة.

يا أمير المؤمنين، إنه رجل صالح، فقال: كذا؟ قال: نعم، فقال عمر - رضي الله عنه-: [اذهب][١] فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته[٢]. فحكم عمر - رضي الله عنه - بحريته، و«العريف» في الحديث المراد به: المعرِّف[٣] الذي قال: هو رجل صالح.

وقول عمر - رضي الله عنه-: «ولاؤه»، المراد به: ولايته التربية والحضانة، لا ولاية الإعتاق، ولأن الرق طارئ والحرية أصل؛ فكان[٤] الحر في الظاهر على حكم الأصل أولى.

وفي «الحاوي» حكاية قول آخر عن الشافعي: أنه مجهول الأصل؛ لإمكان رقه وحريته، وهذا ما أبداه الإمام تخريجًا.

قال: فإن كان معه مال متصل به، أو تحت رأسه فهو له ؛ لأن ذلك منسوب إليه فحكم بأنه له؛ كالبالغ؛ لأن الصبي يملك كما يملك البالغ.

وصورة ذلك: أن تكون عليه حلي، أو ثياب ملبوسة أو ملفوفة عليه أو مفروشة تحته، أو دراهم أو دنانير مربوطة في ذيله، أو في السفط الذي هو فيه، أو منثورة عليه، أو كان على دابة أو على الأرض وعنانها بيده، أو مربوطًا برجله [أو ثيابه][٥]، أو كان في خيمة، أو في دار لا يعرف مالكها فليس فيها غيره، وكل ما على الدابة التي حكمنا بكونها له، فلو كان عليها شخصان كانت بينهما، ولو كان في ضيعة أو بستان ليس فيه غيره فهل يحكم [بكونه][٦] له؟ فيه وجهان في «الحاوي»؛ لأن ذلك لا ينسب إلى السكنى، بخلاف الدار.

ولو كان تحت[٧] بساطه الذي هو جالس عليه دراهم فهل تكون له؟ فيه وجهان في «الحاوي»، والمذكور في «النهاية»: أن حكمه حكم الفراش.

قال: وإن كان مدفونًا تحته [لم يكن له ؛ كالبائع لا يحكم بكون ما هو مدفون تحته][٨]، وكذا لو كان بالبعد منه لا يحكم بكونه له. ثم إطلاق الشيخ

---

(١) سقط في جـ.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٣٨)، والشافعي (٢/ ١٣٨- ترتيب المسند)، والبيهقي (١٠/ ٢٩٨)، وإسناده صحيح ورجاله ثقات.

(٣) في جـ: المحرف.

(٤) في جـ: وكان.

(٥) سقط في جـ.

(٦) سقط في جـ.

(٧) في جـ: تحته.

(٨) سقط في جـ.

يقتضي أنه لا فرق [في المدفون][(١)] بين أن يكون قريبًا بحيث يكون بينه وبين الطفل بقدر ما بينه وبين المال الذي يعد قريبًا منه، أو لا، ولا بين[(٢)] أن يكون في ثوب اللقيط رقعة تدل على ما تحت اللقيط مدفونًا له أو لا، وقد حكى الإمام في حالة القرب ووجود الرقعة وجهين، أظهرهما في «الوسيط»: اتباع ما فيها، ثم قال الإمام: وليت شعرى، من عول على الرقعة، ما قوله إذا أرشدت إلى دفن بعيد، وإلى دابة مربوطة بالبعد؟ وفيه تردد ظاهر.

قال: «**وإن كان بقربه، فقد قيل: هو له**» ؛ كما لو كان بقرب البالغ، فادعاه فإنه يكون له، كما حكاه المتولي وغيره وهذا قول ابن أبي هريرة.

[قال][(٣)]: «**وقيل: ليس له**» ؛ لأن يده لا تثبت إلا على ما كان متصلًا به، وهو ظاهر النص، والأصح في التهذيب وغيره، وبه جزم القاضي أبو الطيب، وقال: ويفارق البالغ، لأن البالغ يراعيه؛ فتثبت يده عليه بالمراعاة، والصبي لا يتصور المراعاة منه؛ فوزانه[(٤)] من البالغ: أن يكون المال بعيدًا منه بحيث لا يمكنه مراعاته؛ فإنه لا يكون تحت يده.

وعكس الماوردي الفرق فقال: ما بقرب البالغ لا يحكم بكونه له، بخلاف الصبي؛ لأن الكبير يقدر على إمساك ما يفارقه من مال[(٥)] أو فرس، فإذا لم يفعل ارتفعت يده؛ فزال الملك، والصغير يضعف عن إمساك ما يفارقه؛ فجاز أن ينسب إليه ملكه، وأنه في حكم ما بيده.

قال: «**وإن وجد في بلد المسلمين**» أي: سواء خطه المسلمون: كبغداد، والبصرة، والكوفة، أو [لم][(٦)] يخطُّوه، لكنهم فتحوه: إما صلحًا على[(٧)] أن تكون رقبته لنا أو لهم وعليهم الجزية، وإما عنوة وتركناهم فيه بالجزية.

قال: **وفيه مسلمون، أو في بلد كان لهم ثم أخذه [الكفار]**[(٨)]، أي: وفيه مسلمون - كطرسوس، والمصيصة - **فهو مسلم**، أي: محكوم بإسلامه ظاهرًا؛ لأن المسلمين إن كانوا أكثر فالظاهر أنه منهم، والحكم يتبع الظاهر.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: بأس.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: فورائه.
(٥) في جـ: المال.
(٦) سقط في د.
(٧) في جـ: عن.
(٨) سقط في جـ.

وإن كان الأكثر خلافهم فهو متردد بين أن يكون مسلمًا أو كافرًا، والدار دار الإسلام، فغلبناه؛ لعلوه وانحطاط غيره عنه.

وقال الإمام في الثانية: يجوز أن تجري هذه الدار مجرى دار الكفر؛ لغلبة الكفر عليها.

أما إذا أخذ الكفار بلد المسلمين، ولم يبق فيه من يتظاهر بالإسلام فهو كافر - كما سنذكره في بلد الكفار - نص عليه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما.

وعن أبي إسحاق: أنه مسلم؛ لأن الدار دار إسلام، وربما يبقى فيها من يكتم إسلامه [أو إيمانه][1].

قال : **وإن وجد في بلد فتحه المسلمون ولا مسلم فيه، أو في بلد الكفار ولا مسلم فيه فهو كافر** ؛ لأن حكم الإسلام إنما يغلب في حالة الاحتمال، ولا احتمال في هذه الحالة، وادعى الإمام: أن أئمتنا لم يختلفوا في الأولى، وعدم الاختلاف في الثانية أولى.

وفي «التتمة» حكاية وجه مخرج فيما إذا وجد في بلد فتحه المسلمون، وأقر الإمام أهلها فيها على خراج[2] يؤدونه: أنه يكون مسلمًا؛ لجواز أن يكون فيها مسلم لم يظهر إسلامه.

قال: **وإن وجد في بلد الكفار وفيه مسلمون، فقد قيل: هو[3] مسلم؛ تغليبًا للإسلام**، كما ذكرنا، [وهذا قول ابن أبي هريرة، وهو ظاهر كلام الشافعي، كما قال الماوردي][4].

وقيل: هو كافر؛ تغليبًا لحكم الدار، ولا فرق عند الفوراني بين المجتاز والمقيم من المسلمين في ذلك [البلد][5]، وأنه لو نفي من في البلد المسلمين اللقيط عنه، لا ينتفي الإسلام عنه، بل يحكم بإسلامه، وفي «تعليق» القاضي الحسين وغيره فرض المسألة في التجار الساكنين والأسارى، ورأى الإمام ترتيب الخلاف في الأسارى على التجار، [وأنه][6] يشبه أن ذلك في قوم

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: خوارج.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.

مسْبِيِّين[١]؛ لأنهم ممنوعون في الخروج من البلدة، وأما المحبوسون في المطامير فيتجه ألا يكون لهم أثر؛ كما لا أثر [لطروق العابرين من المسلمين][٢].

فرع: حيث حكم على اللقيط بأنه كافر، فلو كان أهل البقعة أصحاب ملك[٣] مختلفة، قال الرافعي: فالقياس أن يجعل من خيرهم دينًا.

ثم إذا حكمنا بكونه مسلمًا: فإن كان لكونه وجد في بلد المسلمين ولا كافر فيه، فهو مسلم ظاهرًا وباطنًا، وإن كان لكون فيه مسلمون وكفار، فهو محكوم بإسلامه في الظاهر، دون الباطن؛ قاله الماوردي.

تنبيه: كلام الشيخ يقتضي أن البلد متى كان فيه مسلمون كان اللقيط مسلمًا، وأنه إذا لم يكن فيه مسلم أنه لا يكون مسلمًا - قد يوهم أنه إذا وجد فيه مسلم واحد يكون في موضع النظر أو يكون فيه خلاف، وقد صرح القاضي أبو الطيب وغيره من العراقيين والمراوزة بأنه[٤] ملحق بما إذا كان فيه مسلمون.

قال: «**فإن التقطه حر أمين مسلم[٥] مقيم، أقر في يده**» ؛ لقصة أبي جميلة مع عمر، وقد ادعى الإمام أن ذلك مجمع عليه، وأنه لا يحتاج إلى مراجعة الإمام في ابتداء الأخذ ولا في دوامه، كما في أخذ اللقطة.

ولأنه لا بد له من أن يكون في يد من يكفله، فكان الملتقط أحق به.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون الملتقط غنيًّا أو فقيرًا، وفي كلام الشيخ من بعد ما يدل عليه.

وفي «المهذب» حكاية وجه: أنه لا يقر في يد الفقير؛ لأنه لا يتفرغ للحضانة لاشتغاله بطلب القوت.

قال: **ويستحب أن يشهد عليه وعلى ما معه، وقيل: يجب [ذلك]**[٦]، وتوجيههما ما تقدم في اللقطة، وقد أثبت بعضهم هذا الخلاف وجهين، وبعضهم قولين بالنقل والتخريج؛ لأنه نص هنا على الوجوب، وفي اللقطة على الاستحباب.

---

(١) في د: ينتشرون.
(٢) في جـ: لطرق العائدون.
(٣) في د: مال.
(٤) في جـ: فإنه.
(٥) في التنبيه: مسلم أمين.
(٦) سقط في جـ.

ومنهم من أقر النصين، وهو الأظهر في «الرافعي»، وفرق بأن القصد من اللقطة المال والإشهاد في التصرفات المالية مستحب، وفي اللقيط يحتاج إلى حفظ الحرية والنسب؛ فوجب الإشهاد؛ كما في النكاح.

وأيضًا: فاللقطة يشيع أمرها بالتعريف، ولا تعريف في اللقيط.

وحكى الإمام وجهًا فارقًا بين أن يكون الملتقط ظاهر العدالة؛ فلا يكلف الإشهاد، أو مستورها؛ فيكلف؛ ليصير الإشهاد قرينة تغلب على الظن الثقة به، وهذا الوجه قريب الشبه من وجه حكيناه في عدم وجوب الإشهاد على أخذ الراهن الرهن؛ لينتفع به إذا كان ظاهر العدالة.

ثم إذا أوجبنا الإشهاد فلم يفعله، قال في «الوسيط»: لا تثبت له ولاية الحضانة، ويجوز الانتفاع[(١)].

قال الرافعي: وهذا يشعر باختصاص الإشهاد الواجب بابتداء الالتقاط، وفيما ادعاه من الإشعار نظر.

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ يقتضي أن للملتقط ولاية حفظ مال اللقيط كما له حفظ نفسه، وهو وجه حكاه الإمام مع وجه آخر: أنه يتعين عليه رفعه إلى القاضي؛ لأن إثبات اليد على المال يفتقر[(٢)] إلى ولاية عامة أو خاصة، ولا ولاية للملتقط، وإيراد البغوي يقتضي ترجيح الأول، وبه جزم الماوردي؛ حيث قال: لو كان الملتقط أمينًا عليه [وعلى][(٣)] ما معه فيقران في يده، وهل يكون للحاكم عليه نظر أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو قول أبي علي الطبري-: لا نظر له عليه، ولا اجتهاد له فيما إليه؛ كما لا نظر له في اللقطة على واجدها إذا كان أمينًا.

والثاني - وهو قول أبي علي بن خيران-: للحاكم عليه في المنبوذ نظر، وله في كفالته اجتهاد؛ لأنه الولي على الأطفال، [وخالف][(٤)] اللقطة؛ لأنها كسب.

فإن قيل: هذا عين الخلاف الذي حكاه الإمام؛ فلا جزم.

قلت: لو كان كذلك للزم أن يكون في الافتقار إلى إذن القاضي في استمرار المنبوذ في يد ملتقطه خلاف، وقد ادعى الإمام الإجماع على عدم اعتباره، لكن

(١) في د: الانتزاع.
(٢) في جـ: يستقر.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.

يظهر أن المراد من الخلاف: أن اثنين لو التقطا، وتنازعا هل يقرع بينهما؟

وللقاضي مدخل في ذلك فيرجح واحدًا بالاجتهاد، كما قال مثل ذلك في مقاعد الأسواق كما حكيته عنه من قبل.

ويؤيده: أنه حكي عن ابن خيران أن عند تنازع الملتقطين في حضانته أن القاضي يرجح(١) أحدهما.

فإن قيل: قد حكى الماوردي وجهين في أن الملتقط هل يكون خصمًا فيما نوزع فيه اللقيط من أمواله أم لا، وذلك يدل على أن الخلاف في ثبوت أصل ولايته.

قلت(٢): لا منافاة في ثبوت ولاية الحفظ وعدم المخاصمة، فإن المودع تثبت له ولاية الحفظ، وليس له المخاصمة على الأصح.

قال: **فإن كان له مال كان(٣) نفقته في ماله**؛ لأنه لو كان في حضانة أبيه(٤) الموسر، وله مال كانت نفقته في ماله؛ فهنا أولى.

قال: **ولا ينفق عليه الملتقط من ماله بغير إذن الحاكم**، [أي](٥): إذا أمكن؛ لأن الذي يلي التصرف في مال الطفل بغير تولية أبوه وجده، وأما ما عداهما من العصبات فليس له ولاية وإن كان حاضنًا؛ فالملتقط أولى، وهذا ما ادعى الإمام نفي خلافه، وكذلك الماوردي، وقال: سواء قلنا: إن للحاكم عليه نظرًا أم لا.

وفي الجيلي: أن في «الحاوي» حكاية وجه: أن له أن ينفق بغير إذن الحاكم.

قال: **فإن أنفق [عليه من](٦) غير إذنه، ضمن**؛ لتصرفه في مال الغير بغير إذنه؛ فأشبه ما لو كان للطفل مال مودع عند إنسان، فأنفق عليه منه بغير إذن وليه؛ فإنه يلزمه الضمان.

وفي كتاب ابن كج وجه غريب: أنه لا يصير ضامنًا(٧).

---

(١) في جـ: يقوم.
(٢) في جـ: قال.
(٣) في د: كانت.
(٤) في جـ: أبته.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في التنبيه.
(٧) قوله: ولا ينفق عليه المتلقط من ماله بغير إذن الحاكم إذا أمكن؛ لأنه لا ولاية له عليه، وإن كان حاضنًا، وهذا ما ادعى الإمام والماوردي نفى الخلاف فيه.
وفي الجيلي أن في الحاوي حكاية وجه أن له ذلك، فإن أنفق ضمن.
وفي كتاب ابن كج وجه غريب: أنه لا ضمان انتهى كلامه.

=

قال: فإن أذن له الحاكم، جاز؛ لأنه أمين، فإذا فوض إليه الحاكم، الإنفاق صار وليًا؛ كالوصي، وهذا ما جزم به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ»، وقيل فيه قولان[١]:

أصحهما: أنه يجوز كما ذكرناه.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه يكون قابضًا من نفسه ومُقْبِضًا، وذلك ليس لغير الأب والجد.

قال الإمام بعد حكايته هذا الوجه عن العراقيين: وهذا لا أعرف له وجهًا، ولا آمن أن يكون غلطة من الناسخ.

قلت: قد يظهر وجهه[٢] على طريق من أوجب[٣] على الملتقط تسليم المال إلى الحاكم؛ فإنه إذا وجب كان في إنفاقه إسقاط لذلك الواجب فيتحد[٤] القابض والمقبض، لكن قد قلنا: إن الآجر[٥] لو أذن للمستأجر في صرف الأجرة في العمارة، جاز، ولم يخرج على اتحاد القابض والمقبض، وهذا أولى.

وعلى هذا قال الماوردي: ففي كيفية ما يفعل وجهان:

أحدهما: أنه يؤخذ من مال المنبوذ [القدر][٦] الذي ينصرف في نفقته، ويدفع إلى أمين، يتولى شراء ما يحتاج إليه المنبوذ من طعام وكسوة، ثم يدفعه للملتقط حتى يطعمه ويكسوه؛ لأنه أحوط.

والثاني: يأخذ قدر النفقة، ثم يدفع إلى الملتقط؛ ليتولى شراء ذلك بنفسه؛ لما فيه من حق الولاية عليه.

قال: «وإن لم يكن حاكم، فأنفق[٧] من غير إشهاد، ضمن؛ لأنه ترك الاحتياط».

= وهو يقتضي أنه لم يظفر بخلاف في جواز الإنفاق، وهو غريب. فقد صرح به الرافعي في أوائل كتاب الدعوى في الكلام على مسألة الظفر.
وحكى فيه قولين عن القفال، وعن السلسلة للشيخ أبي محمد، وهذا الوجه الذي حكاه المصنف في عدم الضمان، مرادف لقول الجواز بلا شك، كما أوضحته في «المهمات». [أ و].

(١) في التنبيه: قولين.
(٢) في جـ: وجه.
(٣) في د: وجب.
(٤) في جـ: فتخذ.
(٥) في جـ: للأجير.
(٦) سقط في د.
(٧) في التنبيه: وأنفق.

وفي «النهاية» وجه: أنه لا يضمن؛ فيجوز أن يكون عند تعذر الإشهاد، ويجوز أن يكون مع القدرة عليه، وإلى ذلك أشار الرافعي بقوله: وفيه وجه: إما مطلقًا، وإما عند تعذر الإشهاد؛ كما ذكرنا في مسألة الجمال.

قال: **وإن أشهد ففيه قولان، وقيل وجهان:**

أحدهما: يضمن؛ لأنه أنفق بغير إذن معتبر، فكان كما لو أنفق مع وجود الحاكم؛ فعلى هذا: يدفع المال إلى أمين لينفقه عليه.

«**والثاني: لا يضمن**»؛ لأنه محل الحاجة؛ فإنه لا يجوز تضييع الصبي به، وهو أحق به من سائر الناس، وهذا أصح، وبه جزم المتولي.

قال القاضي الحسين: وهذا الخلاف كالخلاف فيما لو هرب الجمال، فأنفق المستأجر على الجمال بمحضر الشهود دون إذن الحاكم. ثم قال: ويمكن أن نفرق بأن هناك يريد أن يرجع على [الغير بمال؛ فلم يجز له ذلك، وفيما نحن فيه ليس يريد أن يرجع على][1] أحد بشيء[2].

وفي «الحاوي»: أن من أصحابنا من جعل المستأجر يرجع، وجعل الملتقط ضامنًا؛ لأن المستأجر مضطر إلى استيفاء حقه، وليس الملتقط مضطرًّا إلى التقاطه. ثم قال: وهذا لا وجه له؛ لأنه ربما وجده ضائعًا في مهلكة فلزمه أخذه.

وعلى الأصح قال مجلي: يجب أن يشهد في كل مرة.

قال: «**فإن لم يكن له مال وجبت نفقته في بيت المال**» أي: من سهم المصالح - كما صرح به الإمام وغيره - لقول عمر في خبر أبي جميلة: «لك ولاؤه[3] وعلينا نفقته»[4].

وقد روي أن عمر - رضي الله عنه - استشار الصحابة في نفقة اللقيط، فأجمعوا على أنها في بيت المال، كما حكاه القاضي الحسين والإمام. ولأن البالغ المعسر ينفق عليه من بيت المال؛ فاللقيط العاجز أولى.

قال: «**فإن لم يكن في بيت المال شيء**» أي: أو كان ولكن ثم ما هو أهم [من ذلك كسد ثغرٍ][5] يعظم ضرره لو ترك «**ففيه قولان:**

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: يسعى.
(٣) في جـ: ولائه.
(٤) تقدم.
(٥) في جـ: به كسيل.

أحدهما: يستقرض له في ذمته» أي: من المسلمين؛ كالمضطر إلى الطعام يجبر من هو معه على دفعه ببدله، وهذا ما قال به الأكثرون كما حكاه أبو الطيب.
فعلى هذا: لو امتنع أهل تلك البلدة من الإقراض، حصرهم الحاكم، وأحصى[(١)] نفسه معهم، وقسط نفقته عليهم بالحصص، ثم ينظر:

فإن حصل في بيت المال شيء قبل بلوغ اللقيط ويساره، قضاه منه.

قال القاضي أبو الطيب: لأنه لما وجب الإنفاق عليه منه ابتداء، وجب القضاء منه في الثاني؛ كما نقول في ماله. وهذا يوهم[(٢)] أن القضاء يكون من سهم المصالح؛ لأنه ابتداء يجب فيه، وليس الأمر كذلك؛ بل القضاء يكون من سهم الفقراء والمساكين والغارمين[(٣)]؛ لأنه دين ثبت في ذمة اللقيط على هذا القول.

ولو بان رق اللقيط أو غناه، رجع على سيده أو في ماله.

وكذا لو اكتسب قبل حصول شيء في بيت المال، قضى ما أقرض له من كسبه.

ولو حصل لبيت[(٤)] المال واللقيط مال دفعة واحدة، قضى من مال اللقيط.

قال: «والثاني: يقسط على المسلمين من غير عوض؛ لأنه آدمي محتاج له حرمة وقد عجز عن نفقته فكانت على المسلمين؛ كنفقة المجنون والفقير الزمن، وهذا ما يقتضي إيراد الغزالي ترجيحه».

فعلى هذا: إن قام بها البعض، اندفع الحرج عن الباقين، وإن امتنعوا طالبهم الإمام، فإن أصروا قاتلهم؛ فإن تعذر الإنفاق، استقرض على بيت المال، وأنفق عليه.

ثم حيث قلنا بالتقسيط فذاك عند إمكان الاستيعاب، أما إذا كثروا وتعذر التوزيع عليهم، قال الإمام: يضربها الإمام[(٥)] على من يرى منهم باجتهاده، فإن استووا في نظره تخير.

وحكى الإمام: أن هذا[(٦)] الخلاف يجري[(٧)] فيمن أنفق على فقير مضطر بالغ

---

(١) في جـ: وحصى.
(٢) في جـ: وهم.
(٣) في جـ: أو المساكين أو الغارمين.
(٤) في جـ: في بيت.
(٥) في د: السلطان.
(٦) في جـ: بهذا.
(٧) في جـ: مجرى.

بأمر الإمام عند خلو بيت المال عن مال، ولم يقصد المنفق تبرعًا هل يرجع به على بيت المال أم لا؟

وأما الفقير إذا أيسر، فلا يرجع عليه بحال، وما ذكره المصنف هو طريقة أبي إسحاق المروزي، والشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب، وابن الصباغ، ووراءها طريقان:

أحدهما: ذكر في «المهذب» و«الحاوي»: أن اللقيط إذا لم يكن له مال ففي نفقته قولان:

أحدهما: أنها في بيت المال، وهو الأصح، فعلى هذا لا يرجع على أحد بما أنفق.

والثاني: لا يجب في [بيت][1] المال؛ لجواز رقه أو[2] حريته، وله مال أو قريب موسر تلزمه نفقته؛ فتكون على سيده وفي ماله وعلى قريبه، وبيت المال لا يلزم فيه إلا ما لا وجه له سواه.

فعلى هذا: يجب على الإمام أن يقرض له ما ينفق عليه من بيت المال أو[3] من أحد من المسلمين، فإن لم يمكن جمع الإمام من له مُكْنة، وعد نفسه منهم، وقسط نفقته عليهم، فإن بان عبدًا أو له قريب أو مال رجع على مولاه وفي ماله وعلى قريبه، فإن لم يكن ذلك، رجع في كسبه، فإن لم يكن له كسب، قضى من سهم من يرى من المساكين أو الغارمين.

والطريق الثاني - حكاه القاضي الحسين-: أن نفقته عند عدم ماله في محلها قولان:

أحدهما: في بيت المال، فإن لم يكن، فيستدين الحاكم عليه، وينفق منه، ثم لو ظهر في بيت المال مال، قضى ذلك منه، وإن لم يظهر حتى بلغ، يثبت في ذمته.

والثاني: يجب على كافة الناس، والإمام يحسب مياسير البلد، ويضرب على جماعة منهم.

فعلى هذا: إذا بلغ اللقيط، قال الصيدلاني: ليس لهم الرجوع عليه، ومن أصحابنا من قال: لهم الرجوع؛ كما في المضطر.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: و.
(٣) في جـ: أم.

فرع: حيث قلنا: يستقرض، فلو أمر الحاكم الملتقط أن ينفق عليه قرضًا؛ ليرجع - قال الشافعي هنا في «المختصر»، وفي الدعاوى: إنه يجوز.

وقال في «الأم» في الضالة: أنه لا يأذن لواجدها في الإنفاق عليها من مال نفسه ليرجع على صاحبها، بل يأخذ المال منه، ويدفعه إلى أمين، ثم الأمين يدفع إليه كل يوم.

فمن الأصحاب من جعل في المسألتين[١] قولين، أشبههما عند الشيخ أبي حامد: الجواز؛ لما في ذلك من العسر.

ومنهم من أقر النصين، وفرق بأن اللقيط لا ولي له ظاهر؛ فجاز أن يجعل القاضي الملتقط وليًّا، وصاحب اللقطة قد يكون رشيدًا لا يولى عليه.

وهذا الخلاف مفرع على القول بأن للملتقط أن ينفق على اللقيط من ماله بإذن الحاكم، أما إذا قلنا: ثم إنه لا يجوز، فهاهنا من طريق الأولى، صرح به القاضي الحسين عن شيخه.

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ قد يفهم أنه لا فرق بين اللقيط المحكوم بإسلامه أو بكفره في الإنفاق عليه من بيت المال، وهو وجه حكاه الأصحاب واستقربه الرافعي؛ فإنه لا وجه لتضييعه، وفيه نظر للمسلمين؛ فإنه إذا[٢] بلغ، أعطى الجزية.

والصحيح: أن ما ذكره[٣] في اللقيط المحكوم بإسلامه، ويدل عليه أنه قال: والثاني: يقسط على المسلمين. فلو كان المراد الذمي والمسلم، لما اختُصَّ المسلمون بذلك.

وقد جزم في «الحاوي» بأن المحكوم بكفره لا ينفق عليه من بيت المال؛ لأن مال بيت المال مصونٌ لصالح المسلمين دون المشركين.

ثم إن تطوع أحد من المسلمين أو من أهل الذمة بالنفقة عليه، وإلا جمع الإمام أهل الذمة الذين[٤] كان المنبوذ بين أظهرهم، وجعل نفقته مقسطة عليهم؛ ليكون دينًا لهم إذا ظهر أمره، فإن ظهر له سيد أو قريب موسر رجع بها عليه، وإن لم يظهر ذلك كانت دينًا عليه، يرجعون بها في كسبه، وهذا ظاهر النص كما حكاه القاضي الحسين.

---

(١) في جـ: المسلمين.
(٢) في جـ: فإذا.
(٣) في د: ذكرناه.
(٤) في جـ: الذي.

قال: وإن أخذه[(١)] **عبد** [أي][(٢)]: بدون إذن سيده **أو فاسق،** [**لم يقر في يده**][(٣)] أي: يخشى منه استرقاقه انتزع منه؛ لاشتغال العبد بخدمة السيد، وتهمة الفاسق أن يسترقه، ولأنهما ليسا من أهل الأمانة والولاية، وبهذا خالف التقاط المنبوذ اللقطة حيث تصح من العبد والفاسق على قولٍ؛ لأن اللقطة جهة اكتساب، والعبد والفاسق في الكسب سواء.

أما إذا أذن السيد لعبده في التقاطه، جاز، وكان السيد هو الملتقط، وهو نائبه في الأخذ والتربية.

ولو كان الملتقط يؤمن على اللقيط من استرقاقه وهو غير مأمون على ماله، قال الماوردي: فهذا يقر المنبوذ في يده وينزع المال منه؛ لأنه قد صار له بالتقاطه حق في كفالته، فما لم يخرج عن حد الأمانة [فيه][(٤)] كان مقرًّا معه، وليس يراعى فيه العدالة؛ فيكون جرحه في شيء جرحًا في كل شيء، وإنما تراعى فيه الأمانة، وقد يكون أمينًا في شيء وإن كان غير مؤتمن في غيره.

وهذا يوافق كلام المصنف في أول الباب، وكلام غيره يقتضي أنه ينزع؛ لأنه جعل العدالة شرطًا، حتى زاد الرافعي فقال: المبذر المحجور عليه لا يقر اللقيط في يده؛ فإنه ليس مؤتمنًا شرعًا، وإن كان عدلًا، وفرع الماوردي على ما قرره: أن الملتقط لو كان أمينًا على ماله غير أمين على نفسه: إما من استرقاقه، وإما[(٥)] لأنها ذات فرج - فينزع المنبوذ منه، وفي إقرار المال معه وجهان، ووجه التقرير هنا بعيد جدًّا.

فرعان:

من نصفه حر ونصفه رقيق إذا التقط منبوذًا في نوبة نفسه ففي استحقاقه الكفالة وجهان في «الحاوي».

وفي «المعتمد»: المكاتب إذا التقط بغير إذن سيده لم يقر في يده عند الجمهور.

وفي «الحاوي»: أنا إن عللنا المنع في العبد بكونه ليس بأهل الولاية؛ فكذلك

---

(١) في جـ: وجده.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: أو.

هاهنا. وإن عللناه بكونه مشتغلًا بخدمة[(١)] السيد، فالمكاتب مستحق للكفالة؛ لأنه أملك من السيد[(٢)] بمنافع نفسه.

ثم على المشهور: لو كان الالتقاط بإذن سيده على أن يكون هو كافله، خرج على تبرعاته بإذن السيد، وإن أذن له في أن يلتقطه للسيد جاز.

قال الرافعي: ويشبه أن يكون على الوجهين في التوكيل في الاصطياد.

قال: وإن **أخذه كافر** أي: عدل في دينه، **فإن كان اللقيط محكومًا بإسلامه، لم يقر في يده**؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] ولأنه غير مأمون عليه في يده من أن يسترقه، وفي دينه أن يفتنه، وفي ماله أن يتلفه؛ لأن عداوة الدين تبعث على ذلك كله.

قال: **وإن كان محكومًا بكفره أقر في يده**؛ لأنه أهل للحضانة، بدليل ولده. وكذا لو التقطه مسلم أقر في يده.

قال: «**وإن أخذه[(٣)] ظاعن**» أي: مسافر، [فإن][(٤)] **لم تختبر أمانته[(٥)]، لم يقر في يده**»؛ لأنه لا يؤمن أن يسترقه في غيبته، وهذا بخلاف ما لو أخذه من لم تختبر أمانته، وكان مقيمًا، فإنا لا ننزعه من يده؛ لأن الظاهر الأمانة، لكن يوكل به الإمام من يراقبه[(٦)] من حيث لا يدري؛ كي لا يتأذى؛ فإذا وثق به، صار كمعلوم الأمانة.

قال: **وإن اختبرت[(٧)] نظر فإن كان ظاعنًا إلى البادية واللقيط في الحضر[(٨)] لم يقر في يده**»؛ لأنه ينقله من العيش في الرخاء إلى العيش في الشقاء.

ولأن البلد أَرْفَق باللقيط [وأحظ له][(٩)]؛ لوجود من يعلمه، ويؤدبه فلا يفوت عليه ذلك، ولأنه أرجى لظهور نسبه، وأبعد عن استرقاقه.

فعلى العلة الأولى: لو نقله إلى موضع قريب من البلد يسهل تحصيل ما يراد منها، أقر في يده، وهو المنصوص، وبه أجاب المعظم.

---

(١) في د: بذمة.
(٢) في جـ: للسيد.
(٣) في التنبيه: أخذ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في التنبيه: أمانة.
(٦) في د: يرى منه.
(٧) في التنبيه: اختبر.
(٨) في التنبيه: حضر.
(٩) سقط في جـ.

وعلى العلة الثانية والثالثة: ينتزع.

قال: «وإن كان ظاعنًا إلى بلد آخر»، أي والطريق آمن، وبينهما أكثر من يوم وليلة ودون مسافة القصر، بحيث أن تكون أخباره متصلة، والورود منه كثيرٌ - «ففيه وجهان» :

أحدهما: يقر في يده؛ لتساوى البلدين، وهو ظاهر النص؛ كما قاله في «المهذب»، واختاره في «المرشد».

والثاني: لا يقر؛ لأن مقامه في البلد الذي وجد فيه أرجى لظهور نسبه، وأبعد عن استرقاقه، وهذا هو المذهب في «تعليق» القاضي الحسين.

أما إذا كان الطريق مخوفًا، أو كان بينهما مسافة شاسعة؛ بأن تصير أخباره منقطعة، والطارئ إليه أو منه نادر: كمن بالعراق إذا أراد نقله إلى المشرق أو المغرب - فلا يقر في يده وجهًا واحدًا.

وإن كان بينهما أقل من يوم وليلة، أقر وجهًا واحدًا كما قاله الماوردي.

ويجيء فيما[(١)] ذكرناه من قبل وجه: أنه يمتنع[(٢)]؛ مراعاة لحفظ النسب.

وعلى قول الجواز: لو كان المنقول إليه قرية، والمنقول عنه بلدٌ، فهل يجوز؟ فيه وجهان في «الحاوي».

قال المتولي: ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يريد سفر نقلةٍ أو تجارة أو زيارة.

قال: وإن كان اللقيط في البادية، وأخذه[(٣)] **حضري يريد حمله إلى الحضر جاز**؛ لأنه[(٤)] أرفق باللقيط.

وحكى عن القاضي الحسين وجه: أنه لا يجوز؛ نظرًا للنسب.

قال: وإن كان بدويًا: فإن كان له موضع راتب، أقر في يده؛ [لأن الحلة كالقرية][(٥)].

وإن كان ينتقل من موضع إلى موضع، أي: لطلب الماء والكلأ - فقد قيل: يقره[(٦)] [في يده][(٧)]؛ لأنه أرجى لظهور نسبه، وهذا ما اختاره في المرشد.

---

(١) في د: عما.
(٢) في جـ: يمنع.
(٣) في التنبيه: فأخذه.
(٤) في جـ: لكنه.
(٥) سقط في التنبيه.
(٦) في التنبيه: يقر.
(٧) سقط في التنبيه.

وقيل: لا يقر؛ لأن اللقيط يشقى بالتنقل، وفيه تضييع لنسبه.

قال: **وإن التقطه رجلان من أهل الحضانة، وأحدهما موسر، والآخر معسر - فالموسر أولى**؛ لأنه أرفق بالطفل؛ فإنه ربما يوسع عليه، والفقير قد يشتغل بطلب القوت عن الحضانة.

وقيل: هما سواء.

والأول أصح، وبه قال أبو إسحاق.

فعلى هذا: لو تفاوتا[١] في الغنى، فهل يقدم أكثرهما مالًا؟ فيه وجهان في «النهاية».

قال: **وإن كان أحدهما مقيمًا والآخر ظاعنًا** أي: واللقيط [في البادية][٢] **فالمقيم أولى**؛ لأنه أرفق بالطفل، وأحوط لنسبه.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه ينظر:

إن كان الظاعن له موضع راتب في البادية، فهو أولى، وإلا فإن قلنا: له حق الكفالة، كانا سواء.

ولو كان أحدهما ظاهر العدالة بالإخبار، والآخر[٣] مستورها - قدم الأول عند الشيخ أبي محمد وغيره.

وقيل: هما سواء.

ولو كان أحدهما كامل الحرية، والآخر متبعِّضها[٤]، وقلنا: له حق الكفالة - فالحر أولى، قاله الماوردي.

وإن كان أحدهما مسلمًا، والآخر كافرًا، واللقيطُ كافرٌ - فهما سواء، وقيل: المسلم أولى ليعلمه [دينه][٥]، وهذا خرجه الماوردي من مذهب ابن خيران، كما سنذكره.

وفي بعض الشروح تقديم[٦] [الكافر][٧]؛ لأنه على دينه.

ولا تقدم المرأة على الرجل، بخلاف الأم حيث قدمت على الأب؛ لأن الرجل

---

(١) في د: تساويا.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: بالإختبار والأول.
(٤) في جـ: منتقصها.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: ويقدم.
(٧) سقط في جـ.

هنا لا بد له من امرأة تكفله، وهي مساوية للأخرى في كونهما أجنبيَّتَيْنِ.

قال: «**وإن تساويا وتشاحا أقرع بينهما**»؛ لتساويهما في الالتقاط، وتعذر اجتماعهما على حضانته؛ لما في ذلك من المشقة، وعدم إمكان المهايأة؛ لكونها تضر بالطفل لتبدل الأيدي وقطع الألفة واختلاف الأخلاق[١]، وقد قال تعالى: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤] وعن ابن خيران - كما حكاه الماوردي والمصنف-: أنه لا يقرع بينهما بل الحاكم يجتهد، ويقدم من يراه أولى، فإن تساويا في نظره، فلا سبيل إلى التوقف. ونسب في «الوسيط» هذا الوجه لابن أبي هريرة، ولعلهما قالا: ولا يخير الصبي بينهما، وإن [كان ابن سبع فأكثر، كما يفعل بين الأبوين؛ لأن التعويل تم على الميل[٢] الناشئ من الولادة.

وقال الإمام: يجوز أن يقال: يخير، ويجعل اختياره أولى من القرعة. ثم إنه صور المسألة [إذا][٣] التقطاه صغيرًا، ثم[٤] لم يتفق انفصال الخصومة إلا بعد بلوغ الصبي سن التمييز. وهذا أحوجه إليه تردده في جواز التقاط المميز. وكلام القاضي الحسين وغيره مطلق.

وأيضًا: فإن بقاء اللقيط في يديهما[٥] هذه المدة مستبعد.

قال: «**فإن ترك أحدهما حقه**» أي: لو[٦] غاب «**أقر في يد الآخر**»؛ لأن المنع كان بحقه، وإلا فهو له حق الالتقاط.

«**وقيل: يرفع [الأمر][٧] إلى الحاكم حتى يقر في يد الآخر**».

قال الرافعي: كما لو ترك حقه بعد خروج القرعة له؛ فإنا لا نجيز ذلك، وكما لو ترك المنفرد حقه، وسلم اللقيط لأمين بغير إذن الحاكم، وللحاكم على هذا أن يقرع بين الذي لم يترك[٨] وبين أمين آخر يعينه[٩].

قال: «**وليس بشيء**»؛ لأن الحق [كان][١٠] لهما، فإذا ترك أحدهما حقه ثبت

---

(١) في جـ: الاختلاف.
(٢) في جـ: المثل.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: و.
(٥) في د: يدهما.
(٦) في جـ: أو.
(٧) سقط في د.
(٨) في د: يبدل.
(٩) في جـ: بعينيه.
(١٠) سقط في جـ.

للآخر؛ كالشفعة.

ثم اعلم أن ما حكيناه عن الرافعي مصرح بأن محل[(١)] الخلاف قبل خروج القرعة.

وفي «الحاوي» أجراه في الحالين معًا، وهو الذي يقتضيه إطلاق الشيخ هنا، ومنه يؤخذ أنه إذا كان منفردًا بالالتقاط: أن له أن يترك حقه، ويسلمه[(٢)] إلى الحاكم - وإن لم يكن له عذر - ولا يلزم بحفظه، كما صرح به الماوردي وغيره، بخلاف الوديعة على أحد الوجهين.

وعن ابن كج وغيره حكاية الوجهين هنا - أيضًا - بناء على أن الشرع في فروض الكفايات هل يلزم الإتمام؟ وهل يصير الشارع معينًا[(٣)] له؟ لكن الذي رأى ابن كج ترجيحه: الأول.

ومن قال باللزوم، قال: إذا ترك أحد الملتقطين حقه لا يتركه الحاكم، بل يقرع بينه وبين صاحبه: فإن خرجت القرعة عليه ألزمه القيام بحضانته، كذا صرح به الإمام.

ولا خلاف في أنهما لو تساويا إلى المنبوذ ولم يضع يَدَهُ أحدُهما عليه، وقال كل منهما: أنا آخذه وأحضنه - أن للحاكم أن يجعله في يد من يراه منهما أو من غيرهما، نعم: لو سبق أحدهم بالوقوف على رأسه من غير أخذ فهل يقدم بذلك؟ فيه وجهان عن الشيخ أبي محمد، وأظهرهما المنع.

قال: «**وإن ادعى كل منهما أنه الملتقط، فإن كان في يد أحدهما**[(٤)] **فالقول قوله مع يمينه**» ؛ لأن اليد تشهد له، «**وإن كان في يديهما أقرع بينهما** ؛ لأن الكفالة لا تتبعض، ولا يمكن المهايأة فيها؛ لما ذكرناه؛ فتعينت القرعة. وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ، ويجيء فيه وجه ابن خيران: أن الحاكم يقدم أحدهما بالاجتهاد، وفي «المهذب» و«المرشد»: أنهما يتحالفان، فإن حلفا أو نكلا، صارا كالملتقطين يقرع بينهما على المذهب، وعلى قول أبي على بن خيران: يقره الحاكم في يد من هو أحوط له.

والظاهر أن المراد من التحالف هنا: الحلف من كل منهما، كما هو مذكور في

---

(١) في جـ: يحل.
(٢) في د: وتسليمه.
(٣) في د: متعينًا.
(٤) في التنبيه: واحد منهما.

باب التحالف، [و][١] حينئذ يكون موافقًا لما ذكرناه أولًا، وقد أشار إلى ذلك ابن الصباغ في أثناء الفصل.

قال: «**وإن لم يكن في يد واحد منهما، سلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرهما**»؛ لأنه لم يثبت لهما حق الكفالة، و«**إن قام أحدهما ببينة حكم له**»؛ عملًا بها، ولا يكفى فيها إلا شاهدان؛ لأنهما يثبتان الكفالة، وليست بمال.

قال: **وإن أقاما بينتين مختلفتي التاريخ، قدم أقدمهما تاريخًا**؛ لثبوت سبقه إلى الالتقاط، ويفارق هذا ما إذا اختلف اثنان في مال، فأقام أحدهما بينة بالملك من سنة، والآخر بالملك من سنتين [حيث][٢] سوينا بينهما على قول؛ لأن الملك قد ينتقل عن الأسبق إلى الأحدث، وليس كذلك هنا؛ فإن[٣] يد الملتقط لا تنتقل عنه من غير أن يتغير حاله، وإن[٤] كان باقيًا بحاله كان حق[٥] الالتقاط ثابتًا له، وكان أولى.

قال الشيخ أبو الفرج الزاز: وهذا إذا قلنا: إن من التقط لقيطًا، ثم نبذه، لم يسقط حقه، فإن أسقطناه، فهو على القولين في الأموال.

قال: وإن كانتا متعارضتين، أي: بأن كانتا مطلقتين أو مؤرختين وقتًا[٦] واحدًا، أو إحداهما[٧] مطلقة والأخرى مؤرخة - **سقطتا في أحد القولين، وصار كما لو لم تكن لهما بينة**» . لعدم المرجح.

والقول الثاني: أنهما تستعملان بالقرعة، ولا يجيء قول الوقف؛ لما في ذلك من الإضرار بالطفل، ولا قول القسمة؛ لعدم إمكانها، وعلى هذا: من خرجت له القرعة هل يحلف معها؟ فيه قولان.

قال: وإن ادعى [مسلم نسبه][٨]، **لحق به**[٩]؛ لأنه أقر له بحق لا ضرر فيه على غيره؛ فأشبه ما لو أقر له بمال.

وأيضًا: فإن إقامة البينة على النسب تعسر، فلو لم نثبته[١٠] بالاستلحاق[١١]،

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: فا.
(٤) في د: وإذا.
(٥) في جـ: حال.
(٦) في جـ: وجهًا.
(٧) في جـ: أحدهما.
(٨) في التنبيه: نسبه مسلم.
(٩) في جـ: لحقه.
(١٠) في جـ: يثبه.
(١١) في جـ: بالاستحقاق.

لضاع كثير من الأنساب.

قال: **وتبعه**[١] **في الإسلام** ؛ لأنه ابنه ولا فرق بين أن يكون في يد الملتقط أو [في يد][٢] غيره [أو في يده ويد غيره][٣]، وقد تنازعا في التقاطه، ويسلم إليه؛ ليكفله، وكذلك ماله، ويعامله معاملة الأولاد في كل شيء، كما صرح به البندنيجي[٤].

ثم ظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا فرق بين الحر والعبد، وهو المذهب، وبه جزم في «المهذب»، وكذا القاضي أبو الطيب وابن الصباغ، إلا أنه إذا استلحقه العبد لا يسلم إليه.

وفي «الحاوي» حكاية وجه: أن العبد لا ينفذ استلحاقه ما لم يصدقه السيد، وغيره حكاه قولًا منصوصًا في الدعاوى، وعن [الشيخ][٥] الشريف ناصر الدين العمرى حكاية طريق قاطع بالأول إذا كان مأذونًا له في النكاح، ومضى من الزمان ما يحتمل حصول الولد، وتخصيص القولين بما إذا لم يكن مأذونًا، وسيأتي الكلام في ذلك مرة أخرى، إن شاء الله تعالى.

قال: لو بلغ اللقيط وأنكر النسب فهل ينقطع؟ فيه وجهان، محلهما[٦] كتاب الإقرار، فلو أقام آخر بينة: أنه ولده، كانت البينة أولى من الدعوى، فيقدم بها، وينقطع نسبه من الأول[٧].

فلو أقام آخر بينة: أنه وُلِدَ على فراشه، كانت أولى من البينة المطلقة، كذا قاله البندنيجي [وغيره][٨] في باب عقل من لا يعرف نسبه.

قال: «**فإن كان هو الملتقط استحب أن يقال له: من أين هو ابنك؟!**» ؛ كي لا يعتقد أنه يصير ابنًا له بالالتقاط والتربية.

فرع: لو كان للمستلحق[٩] امرأة وقد أنكرت كونه[١٠] ابنها لم يلحقها، صرح به القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ وغيرهما.

---

(١) في د: ويتبعه.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) في ج: البندنيجي.
(٥) سقط في د.
(٦) في ج: يحلهما.
(٧) في ج: البندنيجي.
(٨) سقط في د.
(٩) في ج: المستلحق.
(١٠) في ج: كونها.

قال: **وإن**[١] **ادعاه كافر لحق به**[٢]؛ [لأنه][٣] كالمسلم في النسب، ولأنه أقوى في الفراش من العبد؛ فإنه يثبت له بالنكاح والوطء في ملك اليمين؛ فكان استلحاقه أولى.

قال: **وإن**[٤] **أقام البينة على ذلك تبعه الولد في الكفر، وسلم إليه**، عملًا بالبينة، **وإن لم يقم البينة، لم يتبعه في الكفر**؛ لأن الولد يحتمل أن يكون كافرًا، ويحتمل أن يكون مسلمًا؛ لكون أمه مسلمة، وقد حكمنا بإسلامه بالدار فلا ننقضه مع الاحتمال، ولأنه أقر بما يضره، وما يضر غيره، فقبلنا قوله فيما يضر به[٥] من لزوم مؤنة الطفل، ولم نقبله فيما يضر بالطفل وهو جعله كافرًا، وهذا ما نص عليه [في هذا النعت في «الإملاء» كما قاله القاضي الحسين، وحمل عليه قول][٦] أبي إسحاق المروزى، قوله في «الدعاوى والبينات» جعلته مسلمًا. وقوله هاهنا: «أحببت أن أجعله مسلمًا».

قال: «**ولم يسلم إليه** ؛ كي لا يفتنه، وهو ظاهر كلام الشيخ هنا، وإطلاق غيره يقتضي أن ذلك على وجه الوجوب».

وقال في «المهذب»: [و][٧] يستحب أن يسلم إلى مسلم إلى أن يبلغ؛ احتياطًا للإسلام.

قال: «**وقيل: إن أقام البينة جعل كافرًا قولًا واحدًا** ؛ لما سبق، **وإن لم يقم البينة، ففيه قولان**» .

وجه جعله كافرًا - وهو ما استنبط من قوله هنا: «أحببت أن أجعله مسلمًا»-: إن كل ما يثبت به نسبه يثبت به دينه كالبينة، وعلى هذا: يحال بينه وبين اللقيط أيضًا، [ويكون][٨] كما لو وصف ولد الذمي الإسلام، صرح به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ. وهذه طريقة أبي على الطبري، والأولى أصح عند القاضيين الحسين والطبري وغيرهما، وجعل الماوردي محل الخلاف في الحكم يتبعه في الكفر إذا استلحقه قبل أن يصدر من اللقيط صلاة وصوم، أما إذا صدر منه ذلك

(١) في التنبيه: فإن.
(٢) في جـ: له.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في التنبيه: فإن.
(٥) في جـ: يضره.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ.

والتزام شرائع الإسلام، فلا يغير عن حكم الإسلام».

قال: «**وإن ادعته امرأة**[(١)]، **لم يقبل**[(٢)] **في ظاهر النص إلا ببينة**» أي: تشهد بالولادة، ولا يثبت بالقافة كما صرح به البندنيجي، وهو الأظهر في الطرق؛ لإمكان إقامة البينة على ذلك، بخلاف الرجل فإنه لا يمكنه ذلك؛ ألا ترى: أنه لو علق طلاقها على ولادتها لا يقع إلا ببينة، ولو علقه على حيضها قبل قولها مع يمينها؟!

«**وقيل: يقبل**»؛ لأنها أحد الأبوين؛ فصحت دعوتها كالأب، ولأن لحوق الولد بالمرأة أقوى من الرجل؛ لمساواتها له في كل سبب، وانفرادها بالتحاق ولدها من الزنى، وإذا كانت آكد حالًا في ذلك كان قبول دعوتها أولى، وما فرق به يبطل بإمكان إقامة البينة على الفراش؛ فإن الأب متمكن منها، ومع ذلك لا يكلفها، وهذا ما قال الشيخ أبو حامد: إنه رآه الشافعي في اللعان أو في غيره. فعلى هذا: إن كانت فراشًا لزوج[(٣)] أو سيد، لم يلحق به، وإن كانت رقيقة، لم يتبعها[(٤)] في الرق. وحكى الإمام وجهين في كتاب اللعان، في أن القائف لو ألحق الولد بالزوج، هل ينزل منزلة البينة على ثبوت الولادة؟ وأصحهما: أن الولادة لا تثبت.

وقيل: **إن كان لها زوج لم يقبل**»؛ لأنه لو لحق بها لوجب لحوقه بزوجها؛ لأن الفراش لا يتبعض؛ بدليل: أنه يلحق به إذا قامت بينة على ذلك، ولا يجوز إلحاقه بالزوج مع جحوده بإقرارها؛ كما أن أحد الابنين لو أقر بأخ، لا يلحق بأخيه المنكر.

«**وإن لم يكن لها**» زوج «**قبل**»؛ لوجود ما ذكرناه وانتفاء المانع، قال البندنيجي: **وليس يعني بالزوج أن تكون في عصمة زوج؛ بل المراد أن تكون** فراشًا لشخص لو ثبت نسب اللقيط منها بالبينة للحق صاحب الفراش، سواء كانت في عصمته أو في عدة طلاق أو وفاة. قال: «**وإن ادعاه اثنان**» أي: **معًا**، وهما ممن يصح استلحاقهما، [أي][(٥)]: سواء كانا مسلمين أو مسلمًا وكافرًا [أو

---

(١) في التنبيه: ادعت امرأة نسبه.

(٢) في جـ: يكن.

(٣) في جـ: للزوج.

(٤) في جـ: يبيعها.

(٥) سقط في د.

حرين][١] أو حر وعبد أو[٢] ذكرين أو امرأتين، «ولأحدهما بينة، أي: بأنه ولد على فرشه عند تنازع رجلين، أو ولدته عند تنازع امرأتين - «قضى له» ؛ عملًا بالبينة، ويلحق الولد في هذه الحالة زوج المستلحقة إن كان العلوق به منه ممكنًا، ولو أقامت البينة على أنه ولدها ولم تتعرض للفراش، ففي ثبوت نسبه من الزوج وجهان عن حكاية أبي الفرج[٣] الزاز.

قال: **وإن لم يكن لواحد منهما بينة، أو لكل واحد منهما بينة - «عرض»[٤] الولد «على[٥] القافة»** ؛ لأن لها أثرًا[٦] في الأنساب عند الاشتباه والاختلاف، كما ستعرفه في «باب ما يلحق به النسب».

وفي «المهذب» حكاية وجه: أنه لا مدخل للقافة في الحاق الولد بأمه، وإنما يحكم بها في الإلحاق بالأب[٧].

ونسبه الماوردي إلى ابن أبي هريرة، وعلى الصحيح المنصوص - وهو دخولها فيه - إذا ألحقه بإحدى[٨] المرأتين عند عدم البينة فهل يلحق بزوجها؟ فيه وجهان في «الحاوي» و«النهاية»، والصحيح: اللحوق.

ولا فرق فيما ذكره الشيخ عند إقامة البينة بين أن يقول: إذا تعارضت البينتان في الأموال، تسقطان أو تستعملان، [و][٩] على قول الاستعمال في الأموال في[١٠] كيفيته ثلاثة أقوال، لا يجيء منها هاهنا شيء؛ لأنه لا يمكن القسمة ولا الوقف، ولا مدخل للقرعة في النسب، وإنما يدخل في المال؛ لأن [البينة][١١] ترجح باليد فجاز أن ترجح بالقرعة، والنسب بخلاف ذلك.

قال القاضي أبو الطيب والحسين، والإمام وابن الصباغ، وغيرهم: لأن ترجيح إحدى البينتين يمكن بالقافة، وانتساب الطفل بعد البلوغ، وذلك أقرب من القرعة، ولم يكن بنا حاجة إلى ترجيحها بالقرعة.

وفي «المهذب» حكاية وجه، وهو المجزوم [به][١٢] في «تعليق» البندنيجي في

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: و.
(٣) في جـ: ابن كج.
(٤) في جـ: عوض.
(٥) في جـ: عن.
(٦) في جـ: إبداء.
(٧) في جـ: إلحاق الأب.
(٨) في الأصول: بأحد.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) في جـ: و.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) سقط في جـ.

موضع منه، ويحكى عن الشيخ أبي حامد [أن][١] قول القرعة يأتي هاهنا - أيضًا - وأن من خرجت له القرعة هل يحلف معها؟ فيه وجهان. وفي موضع آخر من «تعليق» البندنيجي عند الكلام في تنازع المرأتين[٢]: أنه لا مدخل للقرعة في النسب؛ فإنه ليس على قول الشافعي موضع تسقط فيه الأقوال الثلاثة إلا هذا المكان.

ثم أثر استعمال البينة عند إلحاق القائف، أو انتساب الطفل، أو عند خروج القرعة - إن اعتبرناها تظهر فيما لو كان المتنازع في اللقيط امرأتين، ولكل منهما زوج؛ فإنا نلحق الولد بزوج من ألحقه القائف بها، أو انتسب إليها الطفل، أو خرجت عليها القرعة، وإن ماتت إحداهما أو زوجها، وقف من مال الميت نصيب ولد إلى أن يوجد القائف أو ينتسب الطفل.

وحكى الماوردي عن ابن أبي هريرة: أنا إذا قلنا بالتساقط عند تعارض البينتين لا نقول به هاهنا.

والفرق: أنهما لما تكافأتا في الأملاك[٣]، ولم يكن ما يرجح[٤] يد إحداهما[٥] جاز أن تسقطا، ولما أمكن ترجيح إحداهما في الانتساب بالقافة، لم تسقطا، وحكم لمن انضم إلى بينته بيانُ القافة.

قال: **فإن كان لأحدهما يد، لم تقدم بينته باليد**[٦] **[فإن ألحقته القافة بأحدهما لحق به]**[٧]؛ لأنها لا تدل على النسب فلا ترجيح بها، بخلاف يد المال؛ فإنها تدل على الملك عند تجردها، فرجحت البينة بها.

وعن «الإيضاح» للمسعودى، و«أمالي» أبي الفرج الزاز: أن أحدهما لو أقام بينة على أنه في يده منذ سنة، والثاني على أنه في يده منذ شهر، وتنازعا في نسبه - فالتي هي أسبق تاريخًا أولى. وهذا كلام لا طائل تحته.

واعلم أنه لا فرق فيما ذكره الشيخ بين أن تكون اليد للملتقط [أو لغيره، نعم: لو كانت اليد للملتقط][٨]، وقد استلحقه، وحكمنا[٩] له بالنسب ثم ادعاه آخر -

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: إلا مرأتين.
(٣) في د: الأموال.
(٤) في جـ: يترجح.
(٥) في د: بأحدهما.
(٦) في جـ: بينة اليد.
(٧) زيادة من التنبيه.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ: وحكما.

فإنه يعرض مع الثاني على القائف: فإن نفاه عنه [بقي لاحقًا بالأول، وإن ألحقه بالثاني عرض مع الملتقط عليه: فإن نفاه عنه][1]، فهو للثانى، وإن ألحقه به، فقد[2] تعذر العمل بقول القائف، فيُوقف - كما سنذكره - وهذا ما حكاه الرافعي عن الشافعي، وبه جزم البندنيجي.

وقيل: يعرض عليها دفعة واحدة كما لو تداعياه معًا.

وإن كان صاحب اليد غير الملتقط، وقد استلحقه وحكم له بالنسب، ثم جاء آخر وادعى نسبه؛ فقد حكى الإمام [و][3] الغزالي: أنه لا يلتفت إلى الثاني؛ لثبوت النسب من[4] الأول معتضدًا باليد. وإن لم يسمع استلحاقه إلا بعد ما جاء الثاني واستلحقه، ففيه وجهان:

أحدهما: يقدم صاحب اليد كما يُقدَّم استلحاقه.

وأشبههما: التساوى؛ لأن الغالب من حال الأب أنه يذكر نسب ولده، ويشهره؛ فإذا لم يفعل، صارت يده كيد الملتقط في أنها لا تدل على النسب.

وحكى العمراني عن ابن القطان أنه قال: إذا ادعى رجلان نسب لقيط فهل يقدم السابق بالدعوى، وكذا هل يقدم صاحب اليد بها؟ فيه وجهان:

منهم من قال: يقدم.

فعلى هذا إذا سبق واحد وادعى ثبت نسبه، ولو كان في يد غيره، فلو ادعى نسبه بعد ذلك آخر لم يقبل وإن كان في يد المدعى ثانيًا.

ولو ادعى [رجلان][5] نسبه معًا وكان في يد أحدهما قدم صاحبه اليد به.

ومنهم من قال في أصل المسألة: السابق والمتأخر سواء، ولا يقدم أحد باليد؛ بل يُرَى القائف.

فرع: إذا كذَّب أحد المدعين نفسه في دعواه النسب، وبقى الآخر مصرًّا عليه - قال العراقيون في أوائل كتاب الجنايات: إن نسب اللقيط يتعين من الآخر.

وحكى الفوراني في «الإبانة» ذلك قولًا مع قول آخر: أنه لايتعين؛ بل يصير كما لو وطئ رجلان امرأة، فأتت بولد يمكن أن يكون منهما، ونفاه أحدهما عن

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: بعد.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: إلى.
(٥) سقط في د.

نفسه بغير[١] لعان، وادعاه الآخر - فإنه لا يلحق بالمدعي بمجرد ذلك، ولا ينتفي عن الثاني[٢]؛ بل يعرض على القائف.

وفي «التهذيب» حكاية وجه في الصورة الأخرى.

قال: فإن[٣] **ألحقته [القافة][٤] بهما، أونفته عنهما، أو أشكل عليها[٥]، [أو][٦] لم تكن قافة - ترك حتى يبلغ فينتسب إلى من تميل إليه نفسه[٧]**» ؛ لما سيظهر في «باب ما يلحق به النسب».

وقد حكى الماوردي قولًا: أنه لا ينتظر البلوغ؛ بل سن التمييز سبع سنين أو ثمان، وهو مذكور ثَمَّ عن القديم.

ثم نفقة اللقيط في مدة الانتظار عليهما، فإذا انتسب إلى أحدهما، رجع عليه الآخر بما أنفق إن كان الإنفاق بإذن الحاكم، كما[٨] قيده الرافعي في الباب الثاني من العدد.

وفي «تعليق» البندنيجي: أنه لا رجوع لمن[٩] لم ينتسب الولد إليه؛ لأنه يقول: ما أنفقت إلا على ولدي. وهذا بين.

ولو وُجِدَ القائف بعد الانتساب، فألحقه بغير من انتسب إليه - قدم من ألحقه القائف به.

وفيه وجه: أنه لا ينقض ما فعل، كما ستعرفه في «باب ما يلحق به النسب».

وعن أبي إسحاق - فيما رواه ابن كج-: أن الانتساب يقدم على قول القائف.

قال: وعلى هذا إذا ألحقه القائف بأحدهما كان للآخر أن ينازعه، ويقول: ينتظر حتى يبلغ؛ فينتسب.

ولو أقام أحدهما بينة وألحقه القائف بالآخر فالعمل بالبينة.

ولو ألحقه القائف [بأحدهما][١٠]، فبلغ، وانتسب إلى غيرهما فهل يقبل منه؟ فيه وجهان في «الحاوي».

---

(١) في جـ: يصير.
(٢) في جـ: الباقي.
(٣) في التنبيه: وإن.
(٤) سقط في التنبيه.
(٥) في د: عليهما.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في التنبيه: نفسه إليه.
(٨) في جـ: فيما.
(٩) في جـ: إن لم.
(١٠) سقط في د.

وأكثر الفروع المذكورة هاهنا في الكتب مذكورة في «باب ما يلحق به[(١)] النسب» فما أخلَلْتُ[(٢)] بذكره هنا فليطلب [ثَمَّ][(٣)].

قال: «**وإن ادعى رجل رقه**» أي: من ملتقط وغيره كما صرح به في «الحاوي» «**لم يقبل**» أي، قوله؛ لأن الظاهر حريته، وفي قبول خلافه إضرار باللقيط.

ويخالف ما إذا ادعى نسبه حيث يقبل؛ لأن اللقيط لا نسب له فجاز أن يثبت بالدعوى مع أنه لا ضرر فيه، بل يثبت للقيط[(٤)] حقًّا.

وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنه إن ادعى رقه قبل أن يلتقط قبل كما في دعوى [النسب][(٥)]، والذي عليه الأكثرون الأول.

وفي «الرافعي»: أن اللقيط لو ادعى رقه، وهو في يده، قبل على أحد القولين، وبه جزم الفوراني كما في يد غيره.

ثم إذا بلغ! وأنكر الرق، فهل يستمر على الرق أو يكون القول قوله؟ فيه وجهان، وأصح القولين وبه أجاب في «الصرف»: أنه لا يقبل، بل يحتاج إلى البينة، كما ذكره الشيخ.

قال: **إلا ببينة[(٦)] تشهد بأن أمته ولدته**» أي: فلا تكفى البينة بأنه ملكه مطلقًا؛ لأن البينة قد يكون اعتمادها على ظاهر يد كانت عليه، وتكون اليد يد التقاط، وأمر الرق صعب خطير[(٧)]؛ فاحتيج فيه إلى الاحتياط.

فإذا شهدت البينة بأن أمته ولدته عرف عدم استنادها إلى ظاهر اليد، والغالب أن ما تلده أمة الإنسان ملكه؛ فحكم له بالملك، وهذا ما نص عليه في «المختصر» هنا، وأنه يكفي في ذلك شاهدان، [أو شاهد][(٨)] وامراتان، أو أربع نسوة.

قال الماوردي: وتكون شهادتهن بملك الأم؛ عند الولادة مقبولة [تبعًا] للشهادة بالولادة، وهذا إذا لم يكن في ملك الأم منازع، فإن نوزع فيه لم تقبل شهادتهن

---

(١) في ج: من.
(٢) في ج: مما أحللت.
(٣) سقط في ج.
(٤) في د: اللقيط.
(٥) سقط في ج.
(٦) في ج: بنية.
(٧) في د: خط.
(٨) سقط في ج.

بملك الأم فإذا ثبت ملكه لها سمعت شهادتهن بالولادة.

قال: «و[قيل][(١)] **فيه قول آخر: أنه لا يقبل حتى تشهد بأن أمته ولدته في ملكه**»، وهذا نصه في كتاب الدعاوى؛ لأن من اشترى جارية قد ولدت أولادًا يصدق أن يقال: بأن أمته ولدتهم، وليسوا ملكًا له، فإذا تعرضت بأنها ولدته في ملكه انتفى هذا الاحتمال، وهذا ما جزم به البندنيجي، وقال: إنه يكفي في ذلك شهادة رجلين، ورجل وامرأتين، وأربع نسوة.

وقال الإمام: لا تكفي هذه الشهادة أيضًا؛ لأن أمته قد تلد في ملكه حرًّا بالشبهة ومملوكًا للغير بوصية، ولا خلاف في أنها إذا شهدت أن أمته ولدته مملوكًا له[(٢)] أنه يكفي، ويقوم مقام ذلك إضافة الملك إلى السبي أو الشراء أو الهبة مع الإقباض، ولا بد في هذه الشهادة من رجل.

وقد قيل: إنه تكفي الشهادة بالملك المطلق كما لو شهدت في دار أو دابة أو غيرهما، ويحكى هذا عن نصه في الدعاوى، وعن القديم، وأن المزني اختاره، وكذلك ابن كج وأبو الفرج الزاز.

لكن الذي اختاره الإمام، والبغوي والروياني وآخرون: أن الإطلاق لا يكفي.

وحكى البندنيجي أن بعضهم حمل النصين على حالين: فحيث قال: تكفى، فذاك إذا كانت الدعوى قبل الحكم بحريته. وحيث قال لا تكفي، فذاك إذا كانت الدعوى بعد الحكم بحريته. وأنه ليس بشيء، وأن محل الخلاف في السماع مطلقًا إذا كان المدعى لرقه غير الملتقط، أما إذا كان هو الملتقط فلا يسمع وجهًا واحدًا.

وقال الإمام: محلهما إذا كان المدعي هو الملتقط، أما إذا كان غيره، فيسمع وجهًا واحدًا. و الذي عليه الجمهور: أنه لا فرق، والصحيح في «الوجيز»، والمذهب في «تعليق» القاضي أبي الطيب: ما ذكره الشيخ أولًا، وبعضهم جزم به، وحمل نصه في الدعاوى على التأكيد.

فرع: إذا كان المدعي لرقه هو الملتقط، ولم يثبت رقه، قال في «الحاوي»: يقر في يده مع ماله ولا ينزع منه؛ لما استحقه من كفالته بالالتقاط، وعَزَا ذلك

---

(١) سقط في التنبيه.

(٢) في د: إنه.

إلى نقل المزني في «الجامع»، ثم قال: و الذي أراه أن انتزاعه من يده واجب؛ لأنه قد خرج بدعوى رقه عن الأمانة في كفالته، وربما صارت استدامة يده ذريعة إلى تحقيق رقه.

آخر: لو شهدت البينة لمدعي الرق باليد، قال في «المهذب»: إن كان المدعي الملتقط، لم يحكم له، وإن كان غيره فقولان، وكذا هما في «الحاوي» - أيضًا - لكنه قيد الصورة بما إذا شهدوا باليد قبل الالتقاط:

أحدهما: لا يحكم بأنها موجبة للملك كما لا يحكم بها للملتقط؛ لتغليظه[١] حال اللقيط.

قال الماوردي: فعلى هذا هل يبقى في يده؟ فيه ما تقدم.

والقول الثاني - ذكره المزني في «جامعه الكبير»-: أنه يحكم له برقه بعد حلفه إنه كان في يده رقيقًا، بخلاف الملتقط؛ لأن في إقراره بأنه لقيط تكذيبًا لشهوده بأن اليد موجبة للملك. ثم إحلافه هل هو واجب أم مستحب؟ فيه وجهان.

والمذكور في «الشامل»: أن غير الملتقط إذا أقام بينة، شهدت له باليد، حكم له باليد، وكان القول قوله مع يمينه، وكذا هو في «تعليق» القاضيين أبي الطيب والحسين، وفي «التتمة».

وحكى الرافعي عن «الشامل» وغيره: أن المدعي إن أقام البينة على أنه كان في يده قبل [أن][٢] التقطه الملتقط، قبلت، وتثبت يده، ثم يصدق في دعوى الرق؛ لأن من ثبتت يده على صغير مجهول الحال، وادعى رقه حكم له به؛ إذا لم يكن في يده غير[٣] التقاط، وبمثله أجاب صاحب «التهذيب» فيما إذا أقام الملتقط بينة على أنه كان في يده قبل أن التقطه[٤].

لكن روى ابن كج في هذه الصورة عن النص: أنه لا يرق حتى يقيم البينة على سبب الملك؛ لأنه لما اعترف بأنه التقطه فكأنه أقر بالحرية ظاهرًا؛ فلا تزال إلا عن[٥] تحقيق.

---

(١) في د: لتغليظ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: عن.
(٤) في د: يلتقطه.
(٥) في جـ: عر.

قلت: وقضية ما حكيته آنفًا عن الرافعي وغيره في قبول قول من ادعى رق اللقيط وهو في يده: أن يجري هاهنا، فيقال: إن أقام غير الملتقط البينة بأنه كان في يده [حكم له بها، ويكون القول قوله في رقه مع يمينه جزمًا. وإن أقام الملتقط البينة بأنه كان في يده][1]، فإن قبلنا قوله في دعواه الرق إذا كان في يده، حكم له باليد، وحلف على رقه، وإلا فلا، ولم أر ذلك لأحد من الأصحاب.

فرع: إذا كان مجهول النسب غير لقيط، فادعى رجل أنه مملوكه، وكان طفلًا لا يعقل - حكمنا أنه ملكه. وإن كان عاقلًا مراهقًا، وادعاه وأنكر الصبي ذلك - فهل يحكم له به أم لا؟ على وجهين في «تعليق» البندنيجي، وبناهما غيره على الوجهين في المولود إذا ادعاه اثنان ولا قائف، هل يؤمر بالانتساب لسن التمييز أم ينتظر بلوغه؟ وفي [«الحاوي»][2] أن الخنثى المشكل: هل يراجع لسن التمييز أم ينتظر بلوغه؟ وعلى قول القبول - وهو المشهور من قول الشافعي-: أنه كالثوب لا بد من اليمين؛ لخطر شأن[3] الحرية.

وهل ذلك مستحب أو واجب؟ فيه خلاف، والأول يحكى عن النص.

ثم إذا بلغ، وأقر بالرق لغير صاحب اليد، لم يقبل. وإن قال: أنا حر، فوجهان:

أصحهما - وبه أجاب ابن الحداد-: أنه لا يقبل إلا ببينة، وله تحليف السيد.

والثاني: وبه قال أبو على الثقفى: أنه يقبل.

والوجهان عند الشيخ أبي علي مبنيان [على القولين][4] فيمن حكم بإسلامه بأبيه أو بالسابى، ثم بلغ، واعترف بالكفر هل يقبل؟

قال: «**وإن قتل اللقيط عمدًا، فللإمام[5] أن يقتص من القاتل إن رأى ذلك، وله أن يأخذ الدية إن رأى ذلك**» أي: سواء كان القاتل عبدًا أو حرًّا، صدق على حرية اللقيط وإسلامه أو كذب؛ لأنه محكوم بإسلامه وحريته، ولا وارث له؛ فكان حق القصاص للمسلمين، ولنائبهم - وهو الإمام - العملُ بما فيه المصلحة، وهذا هو المذكور في كتب العراقيين، وبه قطع بعض الأصحاب كما حكاه[6] أبو الفرج

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: بيان.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: فللأم.
(٦) في د: رواه.

الزاز، ونفى [أن يكون][(١)] في المسألة خلاف.

وحكى المراوزة قولًا آخر: أنه لا قَوَدَ على القاتل؛ لأنه قد يدرأ[(٢)] بالشبهة.

ووجهه المتولي: بأن الإنسان لا يخلو عن ابن عم وإن تباعد عنه، والحق له على القاتل، ولا ندري حاله، ومن الجائز أنه طفل أو مجنون.

ووجهه غيره: بأنه لو وجب، لوجب لعامة المسلمين.

ومنهم من لا يستوفي القصاص، وهم الصبيان والمجانين، وأبطل صاحب «التقريب» هذه العلة؛ بأن الاستحقاق منسوب لجهة الإسلام لا إلى آحاد المسلمين، ولهذا لو أوصى من لا وارث له خاصًّا [لجماعة][(٣)] المسلمين، لا تجعل وصيته لوارث، وقال: إن الخلاف مبني على أن اللقيط تجري عليه أحكام الإسلام، أو تتوقف فيه إلى أن يعترف بالإسلام؟ فإن قلنا بالأول، أوجبنا القصاص، وإن قلنا بالثاني، فقد فات الاعتراف[(٤)] بقتله فلا يجب.

قلت: وما قاله من الاستشهاد بمسألة الوصية قد يمنعه القائل الأول؛ فإن[(٥)] لبعض أصحابنا وجهًا: أنه لا تصح الوصية - كما سنقف عليه في موضعه - وخرج الماوردي الخلاف في فصل آخر على القولين في أن اللقيط محكوم بحريته ظاهرًا، أم هو مجهول الأصل كما تقدم.

وحكى الماوردي في موضع آخر: أن بعض أصحابا كان يجعل القولين على حالين، ويقول: إن قتله قبل البلوغ وجب القود، وإن كان بعد البلوغ، فلا؛ لأنه كان يقدر على إظهار حاله. ثم قال: وهذا الفرق مسلوب المعنى؛ لأنه إن اعتبر حال الشبهة، ففي الحالين، وإن اعتبر حال الظاهر، ففي الحالين؛ فلم يكن للفرق بينهما وجه. وهذا منه يدل على اعتقاده إجراء[(٦)] القولين في حال الصغر والكبر، لكن كلام الشيخ في حال الصغر، وأما حال الكبر فسيأتي، وقد نسب القاضي الحسين والإمام قول عدم وجوب القصاص إلى رواية البويطي، والمتولي إلى رواية الربيع.

قال الرافعي: والمفهوم من كلام المعظم أنه غير منصوص عليه، جاء في

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: يدرأها الشبهة.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: الإعراب.
(٥) في جـ: فإنه.
(٦) في جـ: آخر.

المسألة بخصوصها[١] ولكن قال قائلون: اللقيط لا وارث له، وقد روى البويطي قولًا: أنه لا قصاص بقتل من لا وارث له. فيتناول اللقيط تناول العموم الخصوص.

وعن أبي الطيب بن سلمة والقفال تخريجه من أحد القولين في أن من قذف اللقيط بعد بلوغه لا يحد، أما إذا قتل اللقيط خطأ [أو عمد خطأ][٢] فالواجب فيه دية حر، توضع في بيت المال ميراثًا للمسلمين؛ كما يتحمل بيت المال جنايته الخطأ.

وقد حكى القاضي الحسين في كتاب الوصية: أن [مال][٣] من لا وارث له من المسلمين يكون سبيله سبيل المال الضائع، ويشبه أن يجيء مثله في ديته.

قال الرافعي: وقياس من قال بالتوقف في أحكام اللقيط ألا يوجب الدية الكاملة، ولم أَرَ [من][٤] ذكره.

وفي ابن يونس حكاية قولين عن رواية البصريين:

أحدهما: تجب فيه دية الحر.

والثاني: يوقف إلى أن يتبين أنه حر أم عبد، وهما مذكوران في «الإبانة»، وحكاهما القاضي الحسين أيضًا، وقال: إن المذهب الأول.

وحكى الرافعي في موضع آخر من الباب قولًا أن الواجب أقل من الأمرين من الدية والقيمة؛ بناء على أن الحرية غير مستيقنة، فلا يؤاخذ الجانى بما لا يستيقن شَغْل ذمته به[٥].

قال الإمام: وقياس هذا أن يوجب الأقل من قيمة عبد أو دية مجوسي؛ لإمكان الحمل على التمجُّس.

قال: [وإن][٦] **قطعٍ طرفه عمدًا، وهو موسر، انتظر حتى يبلغ**؛ كي لا يفوت عليه حق التشفِّي والانتقام، وقد ادعى الإمام نفي الخلاف فيه إذا كان عاقلًا مميزًا، وهكذا لو كان معتوهًا موسرًا.

وقيل: للإمام في هذه الحالة أن يعفو على مال، حكاه الماوردي.

---

(١) في جـ: مخصوصًا.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: وبه.
(٦) سقط في جـ.

[و][١] عن القفال: أن له في حال جنونه أن يقتص، وعلى المذهب: يحبس القاطع إلى أوان الإفاقة؛ كما يحبس إلى أوان البلوغ.

قال: «**وإن كان معسرًا**[٢]: **فإن كان معتوهًا، كان للإمام أن يعفو على مال يأخذه، وينفقه عليه**». أشار الشيخ بهذه التتمة إلى علة الحكم، وهي الحاجة إلى النفقة، مع أن العَتَهَ يخفى وقت زواله، وهذا نصه في «المختصر»، وادعى الإمام نفي خلافه، لكنه زاد في القيود: أن يتحقق مسيس الحاجة إلى المال، [ويبعد][٣] توقع الإفاقة.

وقال المتولي: ليس تتضح[٤] هذه المسألة إلا على قول لنا: أن موجب العمد أحد الأمرين، وأن اللقيط إذا لم يكن له مال، فلا يجب على المسلمين نفقته، وإنما يجب إقراضه؛ فيجوز استيفاء المال على طريق المصلحة؛ لأنه أولى من الاستقراض، وربما لا يوجد من يقرضه. وعلى هذا: يجوز له أن يقتص على [وجه][٥]، وهو مطرد في موضع جوزنا له أن يعفو على مال؛ لأنه أحد البدلين فكان له استيفاؤه.

وقيل: ليس له العفو على مال.

قال: «**وإن كان عاقلًا، انتظر حتى يبلغ**»؛ لما ذكرناه، وفي «الحاوي» حكاية وجه: أن له العفو؛ نظرًا للحاجة إلى النفقة.

قال المتولي: فعلى هذا: لو بلغ، واختار أن يرد الدية، ويقتص، ففيه وجهان؛ كالوجهين فيما إذا عفا وليه عن شفعته لمصلحة، ثم بلغ، وأراد الأخذ بها، وصاحب «التقريب» بناهما على أن أخذ المال عفو كلي وإسقاط للقصاص، أم أخذُ المال سببه[٦] الحيلولة لتعذر استيفاء القصاص الواجب؟ وما ذكرناه في أخذ الأرش للقيط يجري في كل طفل يليه أبوه أو جده.

وحكى الإمام عن شيخه: أنه ليس للوصي أخذه، قال: وهو حسن إن جعلناه إسقاطًا، أما إذا جوزناه للحيلولة، فينبغي أن يجوز للوصي أيضًا.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: معتبرًا.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: تصحيح.
(٥) بياض في جـ.
(٦) في جـ: شببه.

واعلم: أنه لا فرق فيما ذكره الشيخ بين أن يعترف(١) الجاني بحرية اللقيط وإسلامه أو يجحدهما(٢)، ويجيء فيه قول آخر - بناء على مأخذ صاحب «الحاوي»، وأبي الطيب بن سلمة-: أنه لا يجب القصاص، وعلى مأخذ صاحب «التقريب»: إن بلغ فأعرب بالإسلام، بان وجوبه، وإلا بان عدمه.

قال: «وإن بلغ، فقذفه رجل، وادعى بأنه عبد، وقال اللقيط: بل أنا حر - ففيه قولان» أي: منصوصان في «المختصر»:

أصحهما: أن القول قول القاذف» أي: في درء الحد؛ لأنه يحتمل أن يكون عبدًا، والأصل براءة الذمة من الحد مع أنه يسقط بالشبهة، وهذا ما نص عليه في اللعان.

ومنهم من جزم به؛ بناء على أن اللقيط غير محكوم بحريته ظاهرًا، فعلى هذا يجب عليه التعزير.

والقول الثاني: أن القول قول اللقيط؛ لأنا حكمنا بحريته ظاهرًا؛ فلا ننقضها بالدعوى.

وأيضًا: فكما وجب القصاص بالجناية عليه فكذلك يجب الحد بقذفه. وهذا ما نص عليه هنا، واختاره المزني، وصححه الشيخ أبو علي، ومنهم من قطع به، وحمل الأول على مجهول لم تعرف حريته بالدار.

ومن جزم بالأول، فرق بين القذف والقتل إن سلّم وجوبه: بأن المقذوف حي يمكنه إقامة البينة على حريته؛ فإذا عجز عنها، ضعف حاله، والمقتول لا يقدر على إقامة البينة بعد قتله؛ فعمل فيه ظاهر حاله كالدية.

ولا خلاف أن اللقيط لو سكت بعد القذف، ولم يدع(٣) الحرية، وطالب بالحد: أنه لا يجب، صرح به الماوردي وغيره.

قال: «وإن جنى عليه حر» أي: بأن قطع طرفه، وقال: أنت عبد، وقال: بل أنا حر - فالقول قول اللقيط، فيحلف، ويقتص منه؛ لأن القصاص وجب من جهة الظاهر والقيمة مشكوك فيها، فلو تركنا القصاص إلى الدية عدلنا من الظاهر إلى مشكوك فيه، وذلك ممتنع. وتخالف المسألة قبلها؛ لأن التعزير ثَمَّ واجب،

---

(١) في جـ: يعرف.
(٢) في جـ: يجعلهما.
(٣) في جـ: يدعي.

وهو بعض الحد فهو متيقن، فإذا تركنا إليه، عدلنا من الظاهر إلى يقين ولأن القصد من القذف الزجر، والتعزير يحصله، ومن القصاص التشفي، وهو لا يحصل بالمال، ولأن القصاص آكد ثبوتًا من حد القذف، بدليل ثبوته لغير العفيف[1] وللصغير على الكبير، بخلاف حد القذف، وهذا ما نص عليه.

«**وقيل: فيه قولان؛ كالقذف**»، والجامع: قدرة اللقيط على إقامة البينة على الحرية، وهذه الطريقة التي أوردها الفوراني.

قال: **وإن بلغ القيط، ووصف الكفر: فإن كان قد حكم بإسلامه تبعًا لأبيه، [فالمنصوص: أنه لا يقر عليه.**

أشار الشيخ بهذا الفصل إلى أمرين:

أحدهما: أن إسلام الطفل يحكم به تبعًا لأبيه][2].

والثاني: أنه إذا وصف الكفر بعد ذلك وبعد بلوغه، هل يقر عليه أم لا؟

والثاني مرتب على الأول، فنقول: إذا أسلم الأبوان قبل بلوغ الطفل، حكم بإسلامه، سواء كان لقيطًا أو غير لقيط، وهذا مما[3] لم يختلف العلماء فيه؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱتَّبَعَتۡهُمۡ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَٰنٍ أَلۡحَقۡنَا بِهِمۡ ذُرِّيَّتَهُمۡ﴾ [الطور: ٢١]، وهكذا الحكم فيما إذا[4] أسلم الأب. وسواء كانا في دار واحدة، أو كان الأب في دار الكفر والابن في دار الإسلام، كما قاله القاضي في «الفتاوى».

وصوره بما إذا سبي الصغير مع أمه.

وأما إذا أسلمت الأم والأب كافر، فهو عندنا كذلك، خلافًا لمالك؛ فإنه أتبعه بأبيه في الكفر، ولم يتبعه لأمه في الإسلام كما لا يتبعها في الأمان، ولنا عليه قوله ﷺ: «الإِسْلامُ يَعْلُو وَلا يُعْلَى عَلَيْهِ»[5].

وقوله ﷺ: «كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ، فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ وَيُنَصِّرَانِهِ؛ كَمَا تُنْتَجُ الْإِبِلُ مِنْ بَهِيمَةٍ جَمْعَاءَ، هَلْ [تُحِسُّونَ فِيهَا مِنْ جَدْعَاءَ]؟!» قالوا : يا رسول الله،

---

(١) زيادة في جـ: على العفيف.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: فيما.
(٤) في جـ: أو.
(٥) علقه البخاري (٣/ ٥٨٢)، ووصلة الدارقطني (٣/ ٢٥٢)، وحسن إسناده الحافظ في فتح الباري (٣/ ٥٨٤).

أفرأيت من يموت وهو صغير؟ قال: «اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا كَانُوا عَامِلِينَ»[(١)]، فأخبر أن الأبوين معًا يهودان الصبي، وينصرانه، [وعنده يهوده أحدهما][(٢)].

ومعنى قوله: «يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ» أي: على الإقرار بأن الله [تعالى][(٣)] خالقه[(٤)]، وضرب لليهود والنصارى مثلًا بالإبل إذا أُنتجت[(٥)] من بهيمة جمعاء - أي: سليمة - سميت بذلك؛ لاجتماع السلامة لها في أعضائها، فتُجدع أنوف نتاجها، وتفقأ عيونها.

وأيضًا: فإنه يتبع الأم إذا كان حملًا فيتبعها إذا انفصل؛ كالأب، مع أنه يتبعها في الرق والحرية؛ لكونه منها حقيقة، فكانت التبعية بها في الإسلام أولى، ولبعض أصحابنا شيء في تبعيته للأم[(٦)] سنذكره في قتال[(٧)] المشركين[(٨)]، إن شاء الله تعالى.

ولا فرق عندنا في ذلك بين أن يبلغ الصبي سن التمييز، ويحكم بإسلامه إذا اعترف به أم لا، وإن كان لأصحاب أبي حنيفة تردد في منعه.

قال الإمام: وهو موضع التردد؛ لأن الجمع بين إمكان الاستقلال وبين إثبات التبعية بعيد؛ فإن البالغ العاقل لما قدر على الاستقلال، لم يتبع غيره في الإسلام اتفاقًا.

وحكم من بلغ مجنونًا، ثم استمر إلى أن أسلم أحد[(٩)] أبويه - حكم الصغير عندنا. ولو كان مجنونًا عند الإسلام، وقد بلغ عاقلًا، ففي تبعيته وجهان، أصحهما في «تعليق» القاضي الحسين الاستتباع - [أيضًا - كما][(١٠)] أن الأصح عود ولاية المال لأبيه. وهو الذي ذهب إليه أكثر الأصحاب كما قال الماوردي، وجعله القاضي أبو الطيب والمصنف في كتاب السير المذهب.

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ٣٧٢) كتاب التفسير: باب سورة الروم (٤٧٧٥)، وفي (١١/ ٥٠٢)، كتاب القدر: باب الله أعلم بما كانوا عاملين (٦٥٩٩)، وفي (٣/ ٢٩٠) كتاب الجنائز: باب ما قيل في أولاد المشركين (١٣٨٥)، ومسلم (٤/ ٢٠٤٧) كتاب القدر: باب معنى كل مولود يولد على الفطرة (٢٢/ ٢٦٥٨).

(٢) سقط في ج.

(٣) سقط في ج.

(٤) في د: خلقه.

(٥) في ج: تنخت.

(٦) في د: الأم.

(٧) في د: حال.

(٨) في د: المسلمين.

(٩) في ج: بلغ حد.

(١٠) سقط في ج.

ولو كان عند الإسلام بالغًا [عاقلًا][(١)]، ثم جن بعد ذلك، فهو كافر.

وإسلام الجد وإن علا من قبل الأبوين عند فقد مَنْ دونه، وكذا الجدة وإن علت من قبل الأبوين عند فقد من دونها - كإسلام الأب والأم في التبعية.

ولو كان ثم من هو أقرب منهما كافرًا: كما إذا أسلم الجدُّ، والأبُ كافرٌ، أو الجدة، والأم كافرة، أو الجدة، والأب كافر - ففي الحكم بتبعية الولد في الإسلام وجهان:

أقربها في «الرافعي»: الاستتباع؛ لأن سبب التبعية القرابة، ولأنها لا تختلف بحياة الأب وموته؛ كسقوط القصاص، وحد القذف.

والمذهب في «تعليق» القاضي الحسين: عدمه.

وسنذكر في باب قتال المشركين طريقين آخرين فيه.

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب في باب دعوى الأعاجم: أن القاضي أبا الطيب قال: سمعت أبا الحسين الماسرجسي يقول: سمعت أبا علي بن أبي هريرة يقول: إذا كان الصغير ذميًّا، فأسلم جده، هل يكون إسلامًا له؟ فيه وجهان لأصحابنا، ووجه المنع: أن إسلام الجد لو كان إسلامًا له، لوجب أن يحكم بإسلام جميع الأطفال بإسلام جدهم آدم؛ لأنه جد الأجداد.

والماوردي حكى في الباب المذكور في تبعية ولد الولد لجده[(٢)] أو جدته ثلاثة أوجه، ثالثها: إن كان الأب أو الأم موجودًا، لم يتبع، وإلا تبع، [قال القاضي الحسين في باب دعوى الأعاجم: والوجهان في تبعية الجد دون الأب يجريان في انعقاده مسلمًا إذا تقدم إسلام الجد وبقي الأب كافرًا عند العلوق][(٣)].

وإذا حكمنا بإسلامه تبعًا، أجرينا عليه جميع أحكام الإسلام، حتى لو كان عبدًا أجزأ عتقه عن كفارة الظهار وغيرها، وكان للمعتق وطء المرأة المظاهر عنها في الحال.

فإذا تقرر ذلك، فبلغ الصبى، وعقل المجنون، ووصف الكفر - فالمنصوص في كتاب [السير][(٤)]: المرتد الكبير[(٥)] أنه لا يقر عليه، ويقتل بالردة. وسواء حصل

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: بجده.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: الكثير.

إسلام الأبوين بعد العلوق وقبل الانفصال، أو بعد الانفصال - كما صرح به الإمام - لأنه سبق الحكم بإسلامه جزمًا في الظاهر والباطن؛ فأشبه من باشر الإسلام، ثم ارتد.

ومن أسلم أحد أبويه قبل العلوق، فإنه لا خلاف أنه لا يقر عليه، **وخرج فيه قول آخر** - أي من المسألة بعدها-: **أنه يقر عليه**؛ لأنه كان محكومًا بكفره حين خلق، فأزيل ذلك بطريق التبعية، فإذا استقل، انقطعت؛ فوجب أن يعتبر بنفسه. وهذا ما ادعى الإمام أنَّ[1] مَيْلَ ظاهر النص الذي نقله المزني إليه، ومنهم من لم يثبت هذا القول أصلًا، وقطع بالأول.

فعلى هذا: لا يجب عليه إذا بلغ أو أفاق أن يتلفظ [بكلمة الإسلام ولا ببعض شيء مما أمضيناه من أحكام الإسلام. وعلى الثاني: يجب عليه أن يتلفظ][2] بكلمة الإسلام بعد البلوغ والإفاقة، حتى لو مات، مات كافرًا، [كما][3] صرح به الرافعي في كتاب الظهار، وهل ينقض ما جرى من الأحكام؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا.

وأظهرهما: أنا [لا][4] نتبين الانتقاض، ويستدرك ما أمكن استدراكه حتى يسترد ما أخذه [منه][5] من النفقة من بيت المال كما حكيناه عن النص، وما أخذه من تركة قريبه المسلم، ويأخذ من تركة قريبة الكافر ما حرمناه منه، ويحكم بأن عتقه عن الكفارة لم يقع مجزئًا[6]، ثم ينظر: فإن كان الكفر الذي كان عليه مما يقر عليه بالجزية، فلا نقاتله، ونقره بالجزية، وإن كان لا يقر عليه، ألحقناه بدار الحرب، فلو كان على اليهودية، وأراد أن ينتقل إلى النصرانية، فهو كمن انتقل من دين إلى دين، ومحله نكاح المشركات.

وحكم المحكوم بإسلامه تبعًا للسابى[7] - كما ذكره الشيخ في قتال المشركين- حكم المحكوم بإسلامه تبعًا لأبيه، صرح به القاضي الحسين وغيره.

قال: **وإن حكم بإسلامه تبعًا للدار، ثم بلغ ووصف الكفر - فالمنصوص**:

---

(١) في د: أنه.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: محرمًا.
(٧) في جـ: اللساني.

أنه يقال له: لا نقبل منك إلا الإسلام. ويفزعه، فإن أقام على الكفر، قبل منه؛ لأنا إنما حكمنا بإسلامه ظاهرًا، واختياره عن نفسه أقوى منه، ومما يدل على أن الحكم بإسلامه ظاهرًا: أنه لو ادعاه كافر، وقامت بينة على أنه ابنه(١)، حكم بكونه كافرًا، ويخالف المسألة قبلها؛ فإنه ثَمَّ مقطوع بإسلامه ظاهرًا وباطنًا، وكذلك يفارق المسبي؛ لأنا حكمنا بإسلامه تبعًا للسابي، مع علمنا بأن أبويه كافران(٢)، وهذا ما اختاره في «المرشد».

قال: «وخرج فيه قول آخر: أنه كالمحكوم بإسلامه بأبيه»، والجامع: الحكم بإسلامه ظاهرًا، والقائل بظاهر النص هو أبو إسحاق.

ومن التعليل الذي ذكرناه يظهر لك: أن محل الخلاف إذا حكم بإسلامه تبعًا للدار وفيها كفار، أما إذا لم يكن فيه كفار أصلًا، فهو محكوم بإسلامه ظاهرًا وباطنًا؛ فلا يقر على كفره قولًا واحدًا، كما صرح [به](٣) الماوردي، وذكر(٤) تفصيلًا في أصل المسألة: وهو أنه إذا أبى إلا أن يكون مشركًا، سئل عن سبب شركه؟ فإن قال: لأن أبي [مشرك](٥) وصرت إلى اتباع أبي، ترك لما اختاره لاحتماله، وأجري عليه أحكام الشرك، وإن قال: لست أعلم دين أبي: هل هو الإسلام أو غيره؟ ولكني أختار الشرك؛ ميلًا(٦) إليه ورغبة فيه - فهو محل الخلاف، والأصح: أنه لا يقبل منه، ويجعل إن أقام على ذلك مرتدًا.

قال: «فإن بلغ، وسكت، وقتله مسلم، [فقد قيل:](٧) **لا قَوَد عليه**؛ لأنه يحتمل أنه لم يصف الإسلام لاعتقاده الكفر، والقصاص يسقط بالشبهة، وهذا هو المنصوص، والمختار في «المهذب» و«المرشد». «وقيل: يجب»؛ لأنه محكوم بإسلامه؛ فوجب على قاتله القود كما قبل البلوغ. والقائل الأول فرق بأنه حينئذ محكوم بإسلامه تبعًا، وقد انقطعت التبعية بالبلوغ.

والقولان مبنيان على أنه لو اعترف بالكفر، هل يكون مرتدًا أو كافرًا أصليًا؟ إن قلنا بالأول، وجب القصاص، وإلا فلا.

---

(١) في جـ: أبيه.
(٢) في جـ: كافرًا.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: ونذكر.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: مثلًا.
(٧) سقط في جـ.

قال الرافعي: لكن الأظهر منع القصاص، وإن كان الأظهر كونه مرتدًّا تعليلًا بالشهبة. وهذا منه إشارة إلى حالة الحكم بإسلامه تبعًا لأبيه أو السابي، وهي[١] الصورة التي حكي في «المهذب» فيها الخلاف، وإلا إذا حكمنا بإسلامه تبعًا للدار، فالأظهر أنه كافر أصلي.

وحكى الإمام عن القاضي الحسين إجراء القول بمنع القصاص مع الحكم بأنه لو أعرب[٢] بالكفر لكان مرتدًّا. وعده من هفواته.

قال: «**وقيل: إن حكم بإسلامه تبعًا لأبيه، فعليه القود، وإن حكم بإسلامه بالدار، فلا قود [عليه]**[٣]» ؛ لضعف هذا، وقوة ذلك، كما تقدم.

والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ حكيا[٤] الخلاف في وجوب القود بقتل من حكم بإسلامه تبعًا لأبيه أو للسابي ثم قالا: فلو كان محكومًا بإسلامه والولد[٥]، فإن قلنا في الأولى لا يجب القصاص، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان، ثم حيث لا يجب القود فالذي أطلقه الأصحاب: أنه يجب دية مسلم، وقياس ما تقدم في حال الصغر لا يخفى.

ولو مات اللقيط بعد البلوغ، وقبل إعرابه بالإسلام، ورثه قريبه المسلم.

ولو مات له قريب مسلم، فإرثه منه[٦] موقوف، كذا حكاه القاضي الحسين.

وقال الإمام: أما التوريث منه فيخرج على ما إذا مات قبل الإعراب: هل ينقض الحكم الذي جرى في الصغر أم لا؟

وأما توريثه: فإن عنى بالتوقف أن يقال له: أعرب عن نفسك بالإسلام، فهو[٧] قريب، ويستفاد به الخروج من الخلاف.

والذي حكاه غيره: أنه إذا مات له قريب مسلم قبل أن يعرب عن نفسه بشيء، أو أعتق عن الكفارة - فإن قلنا: لو أعرب عن نفسه بالكفر لكان مرتدًّا، أمضينا أحكام الإسلام. وإن كنا نجعله كافرًا أصليًّا: فإن أعرب بالكفر تبينا[٨] أنه لا وارث له، ولا إجزاء عن الكفارة.

---

(١) في جـ: وفي.
(٢) في جـ: اعترف.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: حكمنا.
(٥) في جـ: فالولد.
(٦) في جـ: عنه.
(٧) في جـ: وهو.
(٨) في جـ: بينا.

وإن فات الإعراب بموت أو قتل، فوجهان:

أحدهما: إمضاء الحكم؛ كما لو مات في الصغر.

وأظهرهما في «الرافعي»: يبين الانتقاض؛ لأن سبب التبعية الصغر، وقد زال، ولم يظهر في الحال حكمه في نفسه؛ فرد الأمر إلى الكفر الأصلي.

أما إذا بلغ، ومات، أو قتل قبل أن يتمكن من الإعراب فحكمه حكم ما لو كان ذلك قبل البلوغ، حكاه القاضي أبو الطيب هنا، والرافعي في كتاب الظهار.

قال: «**وإن بلغ وباع واشترى، ونكح، وطلق، وجنى**[1] **وجنى عليه، ثم أقر بالرق**» أي]: وصدقه المقر له، ولم يسبق منه إقرار بالحرية - **فقد قيل فيه قولان**:

أحدهما: **يقبل إقراره**؛ كما لو قدم رجل من بلاد الكفر لا يعرف نسبه فأقر بالرق، ولأن الإقرار أقوى من البينة، ولو قامت بينة على رقه، حكم بها، وكذلك إذا أقر. فعلى هذا: حكمه حكم الرقيق في جميع التصرفات في الماضي والمستقبل. ولو ادعى عليه رجل: أنه رقيق، فأنكره - كان له أن يحلفه.

والثاني: **لا يقبل**»؛ لأنه محكوم بحريته بظاهر الدار، وقد تعلقت به حقوق الله تعالى والعباد؛ فلم يقبل إقراره بما يسقطها، كما لو أقر بالحرية ثم أقر بالرق؛ فإنه لا يقبل منه. فعلى هذا: لا أثر لإقراره في التصرفات في الماضي والمستقبل. قال الإمام: اللهم إلا أن يكون اللقيط عبدًا، وقد نكح؛ فإن في ضمن إقراره اعترافًا بأنها محرمة عليه؛ فلا يمكن القول بحلِّها.

ولو ادعى عليه رجل: أنه رقيقه، فأنكره - لم يكن له تحليفه؛ بناء على الصحيح في أن اليمين مع النكول بمنزلة الإقرار، كما قاله ابن الصباغ، أما إذا جعلناها كالبينة فله التحليف؛ رجاء أن ينكل، فيحلف المدعى، ويستحق، قاله الرافعي. وهذه طريقة أبي الطيب بن سلمة.

وقيل: إذا أقر بالرق بعد الاعتراف بالحرية، يقبل، وحكى الإمام عن الصيدلاني القطع [به][2]؛ تشبيهًا بما إذا أنكرت الزوجة الرجعة في العدة، ثم أقرت بها؛ [حيث يقبل، وفي «تعليق» القاضي الحسين - حكاية عن القفال - فيما إذا ادعى عليه الرق فأنكره، ثم عاد، واعترف به - قبل منه؛ كما لو أنكرت الزوجة الرجعة

(١) في جـ: مجني.
(٢) سقط في جـ.

في العدة ثم أقرت بها][1]. وهذا التشبيه أقرب.

قال: «وقيل: يقبل إقراره قولًا واحدًا» ؛ لما ذكرناه، وهذا ما نص عليه عامة الأصحاب كما قاله ابن الصباغ.

وقال البندنيجي: إنه المذهب، وذكر القاضي الحسين أن الشافعي نص عليه في «الأم»، قال: «وفي حكمه قولان:

أحدهما: يقبل في جميع الأحكام» ؛ لأنها فرع الرق؛ فتثبت بثبوته، وهذا أظهر عند الغزالي. والثاني: [يفصل][2] **فيقبل فيما عليه ولا يقبل فيما له**» ؛ كما لو قال: لفلان علي ألف، ولي عنده رهن بها؛ فإنه يقبل فيما عليه دون ماله، ولأنه أقر بما يضره ويضر غيره، فقبل فيما يضره دون ما يضر غيره؛ كما إذا أقر بدين على غيره وعليه. وهذا هو الأصح عند المسعودي، والبغوي، والروياني، وبه أجاب ابن الحداد.

أما التصرفات الصادرة بعد الحكم برقه، فحكمه فيها حكم الأرقاء على هذه الطريقة قولًا واحدًا.

وفي «النهاية»: أن بعض الأصحاب طرد قول التفصيل بين ما يضره، ويضر غيره في المستقبل أيضًا، لكن الصحيح الأول وعليه يفرع، فإذا صدرت منه عقود، لا يقبل قوله في [فساد [أعواضها][3]، فإن كان في يده مال، استوفيت منه، وإن كانت مبيعة كما إذا باع عينًا فسلمت للمشتري][4]، والثمن إن لم يكن قد استوفاه، استوفاه السيد، وكان يتجه أن يجب له أقل الأمرين من الثمن أو القيمة - كما سنذكر في المهر بعد الدخول - لكن الفرق أن الصداق ركن في العقد، بخلاف الثمن.

وإن كان اللقيط امرأة فتزوجت، فالنكاح في حق الزوج كالصحيح، سواء كان ممن[5] يحل له نكاح الإماء أم لا، كما صرح به البندنيجي وابن الصباغ والمتولي.

وعن ابن كج: أنه إن كان ممن لا يحل له نكاح الإماء، حكمنا بانفساخ

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في الأصل.
(٣) في جـ: فسادها.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ زيادة: لا.

النكاح، والأولاد منها قبل الإقرار بالرق أحرار، ولا يغرم الزوج[1] قيمتهم، وللزوج الخيار في فسخ النكاح كما نص عليه في «المختصر»، فإن فسخ، سقط عنه المهر إن كان قبل الدخول، وإن كان بعده، وجب عليه أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل، وهل يرجع به عليها إذا عتقت؟ فيه قولان في «تعليق» القاضي الحسين و«الحاوي»، وهما قولا الغرور.

وإن أمسكها، ففي «التهذيب» و«تعليق» القاضي الحسين و«الحاوي»: أن عليه المسمى، وأنه إن طلقها قبل الدخول، فعليه نصف المسمى، وقياس ما قاله في «المهذب» والبندنيجي: أن النكاح بالنسبة إليها فاسد - أن يجب عليه أقل الأمرين إن كان بعد الدخول، وإن كان قبله، فلا شيء عليه، وعلى كل حال فلو كان الزوج قد دفع المهر إليها، فلا يغرمه ثانيًا، وما يحدث من الأولاد بعد ذلك أرقاء.

قال المتولي: لأنه رضي بذلك حيث لم يفسخ.

وقال الإمام: هذا ظاهر إذا قبلنا الإقرار فيما يضر بالغير في المستقبل، أما [إذا][2] أجرينا قول التفصيل في المستقبل - أيضًا - فيحتمل أن يقال بحريتهم؛ صيانة لحق الزوج فإنهم من مقاصد النكاح؛ كما أَدَمْنا النكاح صيانة لحق الزوج في الوطء وسائر المقاصد، ويحتمل أن يقال برقهم، وهو ظاهر ما طلقه الأصحاب؛ لأن العلوق أمر موهوم[3] فلا يجعل مستحقًّا بالنكاح بخلاف الوطء، وتردد أيضًا في أنا إذا أدمنا النكاح فنسلمها تسليم الحرائر أو تسليم الإماء؟ والظاهر الأول.

ولو طلق، نظر: إن كان الطلاق رجعيًّا فوجهان.

الذى ذكره[4] الأكثرون: أنها تعتدُّ بثلاثة أقراء، وله الرجعة فيها.

والثاني: أن عليها الاعتداد بقُرْأين؛ لأن هذا حكم ثبت في المستقبل بعد ثبوت الرق. ولو كان اعترافها في أثناء العدة، أكملت عدة حرة. وهذا أصح عند أبي الفرج الزاز، وحكاه عن ابن سريج.

ولو كان الطلاق بائنًا، فأصح الوجهين: أن الحكم كما في الطلاق الرجعي؛

---

(١) في د: للزوج.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: موهم.
(٤) في د: أورده.

لأن العدة [فيهما][(١)] لا تختلف. والثاني: أنها تعتد عدة الإماء مطلقًا.

وإذا فسخ الزوج نكاحها، فهو شبيه بالطلاق البائن، وإن مات عنها، فعدتها: شهران وخمس ليال؛ لأن عدة الوفاة تجب لحق الله - تعالى - ولا حق له فيها، وهذا إذا كان قبل الدخول [بها][(٢)]؛ فإن جرى الدخول، فعليها الاستبراء.

قال الإمام: والقول في أنه بقرء أو[(٣)] قرأين على الذي سبق. وقد ذكرته أنا في كتاب العدد.

ولو كان اللقيط عبدًا، وقد تزوج، حكمنا بانفساخ النكاح من الآن، فإن كان قبل الدخول، وجب لها نصف المهر، وإن كان بعده، وجب لها كله، ولو كان قد قتل عبدًا عمدًا، وجب[(٤)] عليه القصاص على القولين معًا، وكذا تجب القيمة في رقبته إن كان خطأ على القولين معًا؛ لأن وجوب القصاص وتعلق القيمة بالرقبة يضره ولا يضر غيره.

وفي «التهذيب»: أنه إن كان في يده مال، أخذ الأرش منه.

قال الرافعي: وهو خلاف قياس القولين؛ لأن أرش الخطأ لا يتعلق بما في يد الجاني حرًّا كان أو عبدًا.

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب: أنا إن قلنا: يقبل إقراره فيما لا يضر غيره، فإن الدية تكون في بيت المال.

ورجح ابن الصباغ الأولى، وقال: إن كانت قيمته أقل من أرش الجناية، فينبغي أن يجب الفاضل في بيت المال، ولا يسقط حقه منه بإقرار الجاني بالرق.

وحكى الماوردي قولًا: أن الفاضل عن قدر قيمته يتعلق بذمته إلى أن يعتق؛ تفريعًا على ما عليه التفريع.

ولو جنى عليه حر عمدًا، لم يجب عليه القصاص، وإن قطع يد حر خطأ، وجب له عليه أقل الأمرين من نصف القيمة أو نصف الدية إن قلنا: إن جراح العبد مقدرة.

وفي «النهاية» حكاية وجه: أنه إذا كان نصف الدية أقل، وجب نصف القيمة، أما إذا أقر بالرق، ولم يسبق منه تصرف يناقض ما أقر به، قبل إقراره.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: و.
(٤) في د: أوجب.

وعن رواية صاحب «التقريب» قول: أنه لا يقبل؛ لأنه محكوم بحريته بالدار؛ فلا يغير بإقراره؛ كمن حكم بإسلامه بالدار، ثم بلغ ووصف الكفر، ولو كذبه المقر له، سقط إقراره، فلو عاد، وصدقه، لم يسلم إليه[١].

ولو[٢] أقر اللقيط بالرق لغيره، فالمذهب المنصوص: أنه لا يقبل، ويحكم بحريته، وبه جزم الفوراني؛ لأنه لما أقر للأول[٣]، كان تقديره: أنه لا يملكني[٤] أحد سواه، فإذا كذبه، خرج عن أن يكون مملوكًا لأحد؛ فصار ما لو أقر على نفسه بالحرية ثم أقر بالرق، وقد قيل: يقبل، وينسب إلى تخريج ابن سريج - كما حكاه البندنيجي - والله أعلم.

(١) في جـ: بالرق.
(٢) في جـ: أو.
(٣) في جـ: الأول.
(٤) في د: يتملكني.

فهرس المحتويات

* * *

KIFĀYAT AL-NABĪH ŠARḤ AL-TANBĪH

by

Imām Najmuddīn Ibn al-Rif'ah

Edited by

Dr. Majdi Muḥammad Surūr Bāsallūm

Volume XI

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban